الالتزامات في الشرع الإسلامي

بقلم

المرحوم الإمام الشيخ
أحمد إبراهيم بك
وكيل كلية الحقوق
وأستاذ الشريعة الإسلامية بالجامعات والأزهر

و

المستشار
واصل علاء الدين أحمد إبراهيم
نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا
والمستشار بمحكمة النقض سابقاً

الناشر
المكتبة الأزهرية للتراث — الجزيرة للنشر والتوزيع
٩ درب الأتراك خلف الجامع الأزهر الشريف

الإلتزامات في الشرع الإسلامي

بقلم

المرحوم الإمام الشيخ
أحمد إبراهيم بك
وكيل كلية الحقوق
وأستاذ الشريعة الإسلامية بالجامعات والأزهر

و

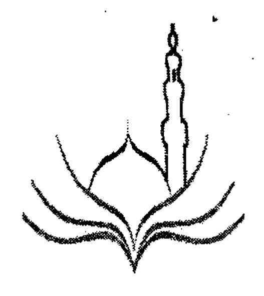
المستشار
واصل علاء الدين أحمد إبراهيم
نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا
والمستشار بمحكمة النقض سابقاً

الطبعة الأولى

الناشر

المكتبة الأزهرية للتراث — الجزيرة للنشر والتوزيع

٩ درب الأتراك خلف الجامع الأزهر الشريف - ت: ٢٥١٢٠٨٤٧



المكتبة الأزهرية للتراث

ابراهيم ، احمد
الالتزامات فى الشرع الاسلامى / بقلم احمد ابراهيم ، واصل علاء الدين احمد ابراهيم . ــ ط١ . ــ القاهرة : المكتبة الازهرية للتراث ، الجزيرة للنشر والتوزيع ، 2013
ص ، سم
تدمك : 978-977-315-351-9

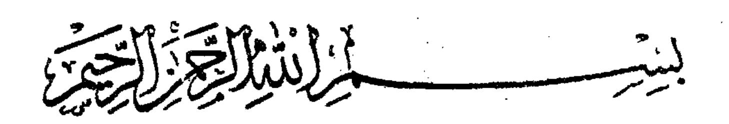
١- الالتزامات (فقه اسلامى)
ا ــ ابراهيم ، واصل علاء الدين احمد (مؤلف مشارك)
ب ــ العنوان

253.1

سنة الطبع
2013 ــ 1434

رقم الإيداع : 5516

الله وحده هو المستعان



الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وعلى جميع رسل الله (وبعد) فهذه مذكرة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام كتبتها بادىء ذى بدء لطلاب دبلوم الشريعة وطلاب القانون الخاص بقسم الدكتوراه، بكلية الحقوق بجامعة فؤاد المصرية. وهذا هو العرض الأول لمسائل الالتزامات مجموعة ومرتبطا بعضها ببعض ارتباطا ينظمها ويرد كل شىء الى أصله. وأرجو أن يكون العرض الثانى لها أحكم وضعاً وأتقن صنعاً وأحسن نظاما وأوفى بيانا من هذا العرض الأول السريع. ومن الله وحده استمد المعونة فهو حسبى وكفى.

ذو الحجة سنة ١٣٦٣ هـ

ديسمبر سنة ١٩٤٤ م

احمد ابراهيم

الالتزامات فى الشرع الاسلامى

مقدمة

فى التعريف بالشرع الاسلامى

١ — هو أحكام كلية عامة تتناول كل ماتتناوله القوانين الوضعية من تنظيم شؤون الناس فى معايشهم وارتباطاتهم القانونية وتقرير الامن ودفع الظلم وتطهير الأرض من الفساد بالقدر المستطاع على حسب الاستعداد البشرى . ويزيد الشرع الاسلامى على تلك القوانين بما يهذب النفوس ويزكيها ويحفظ العقل البشرى ويصونه من كل مايؤوفه فانك بينما تجد القوانين الوضعية تقف عند حدود تنظيم الحياة المادية وتترك كل انسان حراً طليقا فى شؤونه الخاصة التى لاتضر بغيره — إلا فى حالات خاصة تقضى بها الظروف أحيانا — تجد الشرع الاسلامى يسرى بروحه الطيبة وما احتواه من الاخلاق الانسانية العالية والفضائل السامية ومراقبة الانسان ربه فى كل أعماله وحركاته وسكناته سراً وجهرا فى جميع نصوصه مما يسمو بالانسان إلى حياة روحية سامية تليق بمستواه الانسانى فوق حياته المادية وبذا يكون إنسانا كاملا تربطه بغيره المروءة والرحمة والاحسان فوق العدل وتسرى فى معاملاته مع غيره روح التسامح والأخوة والعطف والمحبة .

لذا كان مضموناً للشرع الإسلامي بمقتضى طبيعته تلك التي بيناها أن يكون شرعاً أبدياً عاماً . لأن الناس مهما أبعدتهم الأهواء عنه فهم عائدون اليه عود الطفل إلى أمه الرؤوم متى أحسوا بسوء ماصاروا اليه وتبين لهم الخطأ فى انحرافهم عنه .

٢ — نصوص الشرع الاسلامى بعضها فى الكتاب وبعضها فى السنة فهى وحدة مؤلفة من مجموعتين ، وقد تمت كلتاهما قبل أن ينتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى — اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا .

فاما المجموعة الأولى وهى نصوص الكتاب فقد حفظت كلها بكتابة القرآن وقد حماها الله تعالى من أن يضيع منها شىء (انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون)

وأما المجموعة الثانية وهى نصوص السنة فلم يتم جمعها والنظر فى سند كل منها والفحص عن رجاله من حيث العدالة والثقة والحفظ وبذل كل مايلزم لذلك من مجهود تعنو له جبابرة العقول وينوء حمله بالعصبة أولى القوة من الباحثين الجادين والمنقبين الدائبين المخلصين — إلا فى القرن الثالث كما يظهر لك ذلك بالرجوع إلى موسوعاتها ودواوينها فجزى الله رجال الحديث خير الجزاء ورضى الله عنهم أجمعين .

وبذا تدوركت المجموعة الثانية بالحفظ بعد أن فحصت من جميع نواحيها ومحصت أى تمحيص وغربلت ونقحت وهذبت أى تهذيب .

٣ — وقد كان الأمر قد احتاج إلى استنباط أحكام بطريق الاجتهاد وقد تكاثرت بتكاثر الحوادث واتساع رقعة البلاد الاسلامية وقد بدأ

ذلك من أول عصر الخلفاء الراشدين وصارت تلك الاحكام المستنبطة مجموعة عظيمة فوجب ضمها إلى مجموعتى النصوص وصارت شرعا فى نظر الائمة المجتهدين الذين استنبطوها ومن اقتدى بهم سواء أقلنا ان كل مجتهد مصيب أم قلنا ان المصيب واحد له أجران ، والمخطىء له أجر واحد لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها . وان فى نصوص الكتاب والسنة العامة والخاصة لمتسعا لهذا الاستنباط بتوفيق الله تعالى ونعمته .

٤ — غير أنه يلاحظ أن دور الاجتهاد العظيم قد انتهى فى منتصف القرن الثالث بوفاة الامام أحمد سنة ٢٤١ وقد تكونت المذاهب الأربعة وصار لكل امام أصحاب وأتباع يحافظون على مذهبه ويحوطونه بعنايتهم ويدافعون عنه ويجعلون له كيانا خاصا إمتاز به عن غيره وكذا غير هذه المذاهب الأربعة المشهورة مما ظهر فى ذلك الوقت .

٥ — والحاصل أن المذاهب الفقهية قد تمت بحوث أصحابها قبل أن يتم تمحيص مجموعة السنة على ما أسلفنا .

ولذا أرى أنه كان من الواجب الا يبت فى شىء نهائيا إلا بعد عرضه على المجموعة الشرعية بعد تمامها واعادة النظر فيها على ضوء مجموعة السنة بعد تمحيصها وغربلتها وبناء التعديلات فى كل مذهب على أساس من منطق الفقه الصحيح والشرع القويم . وان يكون رائد الجميع فى ذلك الوصول إلى الحق والأرجح والراجح . إذا يكون الشرع الاسلامى بمجموعاتها الثلاث وحدة قوية متينة الأساس يمكن

أن ينظم منها قانون شرعى عام أمتن وأحكم من ذلك الفقه المتفرق فى مذاهب المجتهدين .

لكن اتباع هذه المذاهب لم يفعلوا شيئا من ذلك، بل اجتهد كل فريق منهم فى تأييد مذهب امامه بكل ماأوتى من قوة وبالغ بعضهم فى الثقة بامامه وأصحاب امامه إلى ماأفقد قائلهم الصواب فى بعض مايقول وكان ذلك تحت تأثير ظروف خاصة وتوجيهات واتجاهات غير موفقة .

٦ ــ وإذا كان هذا قد مضى وفات لأمر أراده الله فما كان ينبغى أن يفوت أولياء أمور المسلمين والمسؤولين أمام الله تعالى عن الامانة التى ائتمنهم عليهما ماذا فعلوا بها أن يطلبوا الى فقهاء زمنهم وضع قانون شرعى عام يرجع اليه فى الحكم بين جميع المسلمين فى جميع شؤونهم التى تدعو الى التقاضى وتنظم أمور معايشهم وارتباطاتهم القانونية مع مراعاة تغير الأحوال وتقلبات الظروف.وان يترك ماوراء ذلك من شؤون العبادات ومسائل كل انسان فى خاصة نفسه يرجعون فيه إلى مذاهب الفقهاء . كل بحسب ماتطمئن اليه نفسه . وإذا كان قد جاز أن يؤخذ برأى امام مجتهد واحد فى الفتيا والقضاء أفلا يجوز بالأولى الاخذ بآراء جماعة من الأئمة المجتهدين يجتمعون كلجنة فى وضع هذا القانون . ولقد حكى الجلال السيوطي أنه أدرك فى مصر سبعين من المجتهدين أفلم تكن تكفى هذه الهيئة لوضع مثل ذلك القانون بعد رسم الخطة لهم . لاشك أن هذا اهمال مسؤول عنه أولياء الأمور والفقهاء جميعاً أمام ربهم ، لا أمام أئمة مذاهبهم .

ولئن فات هذا الأمر من سبقونا انه لاينبغى أن يفوتنا ، ولعل الباقى من أجل الدنيا أطول مما مضى . فقد صارت مستندات الشريعة كلها ومراجعها وماقيل من كل مايخطر بالبال من تأويلات النصوص ماثلة أمام أعيننا وبين أيدينا وأهل الفقه والعلم متوافرون والحمد لله تعالى وفى الامكان استقاء كل القوانين الشرعية على اختلاف موضوعاتها من ذلك المعين الذى لاينضب ؛ ووضعها وضعا سليما على أساس من منطق الفقه سليم وبناء من منطق العقل صحيح لاتناقض فى تكوين مسائله ولاضعف ولا وهن فيه . ولا عذر لنا اليوم فى ألا نقوم بهذا الآن على الوصف الذى وصفت والقول الذى شرحت .

٧ — ان فى نصوص الكتاب والسنة ما يفتح الطريق وينير السبيل فى كل زمان ومكان لكل فقيه موفق الى التماس مافيه الصالح والاصلح لتنظيم قوانين شرعية تفى بمطالب الناس فى أمور معايشهم وتنظيم علاقاتهم وإقامة العدل بينهم . قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال : « ماجعل عليكم فى الدين من حرج » وقال « هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا » وقال « وسخر لكم ما فى السموات وما فى الارض » وقال « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » وقال « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقال « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » وقال « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقال « وأمرهم شورى بينهم » وقال « كنتم خير أمة

أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله» وقال « ولا تنسوا الفضل بينكم » وقال « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة * ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون » وقال « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال « وليوفوا نذورهم » وقال « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه »

وجاء في السنة : لاضرر ولا ضرار . إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه . أحب الأديان الى الله الحنفيية السمحة . يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا . إنما أنا بشر مثلكم اذا أمرتكم بشيء من أمر دينكم فخذوا به واذا أمرتكم بشيء من رأيي فانما أنا بشر . أنتم أعلم بأمر دنياكم . دع ما يريبك الى ما لا يريبك . ادرءوا الحدود بالشبهات .

٨ ـ وقد تنبه فقهاؤنا قديما الى أن تصرفات الناس في أقوالهم وأفعالهم نوعان ؛ عبادات يصلح بها دينهم ، وعادات يحتاجون اليها في دنياهم . وباستقراء أصول الشريعة تبين أن العبادات التي أوجبها الله أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع فما لم يثبت أنه مأمور به لا يحكم بانه عبادة . وأما العادات ؛ فالأصل فيها عدم الحظر فلا يحظر منها إلا ماحظره الله ورسوله وذلك بالنهي ، فما لم ينه عنه فهو مباح . يراجع النصوص المذكورة آنفا .

٩ ـ وقد كتبت في التمهيد الثاني من مقدمة كتابي في الوقف جملة صالحة في ذلك ، أرى من المناسب ذكرها هنا وهي :

الأحكام الشرعية اما أن ترجع إلى العبادات كالصلاة والصوم

واما أن ترجع الى العادات المتعلقة بالشؤون الدنيوية ، ومنها المعاملات فما كان من العبادات وجب أن يوقف فيه عند حدود ما جاءت به النصوص ، وذلك لأن العبادات حق للشارع سبحانه وتعالى خاص به، ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته ، فيأتي به العبد على مارسم له ، ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعا خادما له إلا إذا امتثل مارسم له سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هذا . ولا طريق لمعرفة ما تعبدنا الله به إلا من طريق الوحي على لسان رسوله .

وأما ما كان من شؤون الناس فى أمور معايشهم فى هذه الحياة الدنيا ، وعلاقات بعضهم ببعض وسائر ارتباطاتهم فى معاملاتهم القانونية فأساسه المصالح المرسلة المبنية على قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »

ومصالح المكلفين فى حقوقهم التى منحهم الله إياها ، فضلا منه ونعمة عليهم ، وقد كفلها لهم بشرعه العادل الحكيم ، لطفا منه ورحمة بعباده .

وقد بين ذلك كله رسول الله ﷺ بكلمته الجامعة « لا ضرر ولا ضرار » .

على أنه إذا خالف المصلحة النص أو الاجماع فى وقت من الاوقات أو حادث من الحوادث أو ظرف من الظروف وجب تقديم رعايتها عليهما ، لا بطريق الافتيات عليهما والتعطيل لهما ، بل بطريق التخصيص والبيان لهما .

ومن أجل ذلك خصص الفقهاء النص بالتعامل وقرروا بناء الاحكام على العرف . وقال شيخ الاسلام ابن تيمية فى أثناء كلامه على الغرر المنهى عنه وبيان أحكامه (١) ان تحريم ما تدعو اليه الحاجة أشد ضررا من ضرر كونه غررا – والضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الاعلى – وقال ان رسول الله ﷺ قدم مصلحة جواز البيع الذى يحتاج اليه على مفسدة الغرر اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة . ثم قال : كل ما احتاج الناس اليه فى معايشهم ولم يكن سببه معصية هى ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بباغ ولا عاد . وان كان سببه معصية كالمسافر سفر معصية اضطر فيه الى أكل الميتة ، والمنفق للمال فى المعاصى حتى لزمته الديون فانه يؤمر بالتوبة ويباح له ما يزيل ضرورته . فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة . وان لم يتب فهو ظالم لنفسه : قال وهذه قاعدة عظيمة يخرج بها الانسان من الضيق والحرج اذا قضت ضرورة الناس وحاجاتهم فى معاملاتهم وكل شؤون معايشهم به فانه لا يحرم عليهم ارتكاب ما اضطروا اليه ولا فعل ما احتاجوا اليه مالم يؤد الأمر الى ارتكاب ما هو أعظم ضررا وأشد خطرا . وبالجملة فان معاملات الناس

---

(١) الغرر هو المجهول العاقبة فى البيع كبيع الفرس الشارد فان صاحبه إنما يبيعه مخاطرة فيشتريه المشترى بدون ثمنه بكثير فان حصل له قال البائع قمرتنى وأخذت مالى بثمن قليل ، وإن لم يحصل له قال المشترى للبائع قمرتنى وأخذت الثمن بلا مقابل له . ومن الغرر أيضا بيع ما سيوجد ، وربما لا يوجد كنتاج الحيوان المستقبل.

يجب أن تسير ولا تعطل ويرتكب أخف الضررين اذا كان لا بد من أحدهما .

ومما بنى على معانى النصوص إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم ، وتقرير الخراج - وهو فقه دقيق جدا وفق اليه عمر بالهام الله وهدايته . ومن ذلك أمره بعدم قطع يد السراق عام المجاعة ، وحكومته بتضعيف الغرامة وعدم الحد فى قضية غلمان ابن أبى بلتعة .

(يوضحه) أن الشريعة الاسلامية عامة أبدية ، وعلى هذا أجمعت الأمة كلها ، وأنها كذلك مبنية على العدل واليسر والرحمة بعباد الله وإذ كان الأمر كذلك وجب أن تكون أحكامها مراعى فيها مصالح الناس فى كل شؤون معايشهم فى كل زمان ومكان على أساس المصلحة الراجحة . فان قيل ان الشرع أعلم بمصالح الناس فلتؤخذ الاحكام كلها من نصوصه قلنا ان هذا مسلم فى العبادات التى تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات . وأما مايتعلق بأمور المعايش فلا شك ولا ريب أن الشارع العليم الحكيم أعلم بمصالح الناس منهم بها ، لكنه سبحانه وتعالى فضلا منه ورحمة قد جعل لهم طريقا الى معرفة مصالحهم وقد بينها لهم النبي ﷺ بقوله « لا ضرر ولا ضرار » وبهذا أصبحت مصالح الناس وما يساسون به معلوما لهم بحكم العادة والعقل بمقياس الضرر والنفع ورجحان أحدهما على الآخر ونصوص الشريعة عامها وخاصها أصدق شاهد على هذا

وبالجملة فأحكام الدنيا ينبغى أن تبنى على رعاية المصالح التى تظهر لنا بالتجارب والعادة مع الاحتكام إلى العقل والاصول الكلية للشرع .

وعلى هذا الأساس تبنى القوانين الشرعية الدنيوية

وأما العبادات فالأمر فيها جملة وتفصيلا إنما هو لمن تعبدنا بها . فوجب علينا أن نقف عند نصوصه فيها اهـ . بزيادة وحذف وبعض تغييرات جزئية . وانظر رسالة المصالح المرسله لنجم الدين الطوفى

١٠ ـ الجدل بين الفقهاء بقدر ما حمل لنا من تعسفات ومكابرات والتواءات فى الجدال عن المذاهب المختلفة ، كل يجادل عن مذهبه بالحق والباطل تعصباً له ولو تبين له أن الحق فى جانب خصمه ، عنادا ومكابرة ـ هو كذلك قد احتوى على حسنات وفوائد يحمله كل مجادل على البحث بأقصى ما فى وسعه فى أدلة الشرع والعقل عماينصره على خصمه . وقد فتح الفقهاء بهذه المحاولات الدائبة وذلك النشاط العظيم طرقاً يظل بها الفقه حيا دائماً ، ويظهر الحق بقوته من خلال أقوال المتجادلين يراه المطلعون الفاهمون من غير المتعصبين ويعلمون أنه ليس وراءه حجة يقولها قائل أو يتوهمها متوهم

فاذا قال متعنت بعد ذلك ، لعل لامام مذهبنا وأصحابه دليلا لا نعلمه بعد البحث والتنقيب ، وما علينا إلا أن نتبع المنقول عنهم ولو لم يظهر لعقولنا

قيل له هذا لا يقال فى حق إمام مذهب فقهى يخطىء ويصيب فيما يقول وإنما يقال فى حق نبي مرسل يوحى عن ربه لا يجوز عليه الخطأ فيما يبلغه عنه لأنه معصوم .

وبعد فقد ترك لنا أسلافنا من الفقهاء تراثا عظيما وكنوزا ثمينة نتيجة مناظراتهم وفتاويهم واقضيتهم ونتاج أفكارهم مما نغبط عليه

وفيه الغناء لنا وان من الجهل به أن نمد أيدينا الى غيرنا من الاجانب نقتبس الفقه منهم ، وعندنا ماهو خير مما عندهم بكثير كما يظهر ذلك بالمقارنة وقد شهد بذلك العلماء المنصفون منهم .

١١ غير أني لا أترك فقهاءنا من المؤاخذة باشتغالهم بما كان لا ينبغى لهم أن يلتفتوا اليه ولا أن يضيعوا شيئاً من الوقت فيه من البحوث التافهة والجدل فى المسائل التى ما كانت لتخطر ببال أحد من الناس لولا أنهم هم الذين أخطروها بتخيلاتهم بما يترفع عنه الشرع الحكيم ومن أمثال ذلك مايقولونه فيما يقع به الطلاق من الالفاظ . رأسك طالق ؛ وجهك طالق ؛ ثلثك طالق ؛ أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقه، انت طالق طلقة كالجبل ، كالسمسمة الخ بل كان الواجب أن يكون الفقه كله جديا منظوراً فيه إلى الناحية الاجتماعية والخلقية فى كل شيء ولا سيما فى الزواج الذى تتكون به الاسرة والطلاق الذى ينحل به رباط الزوجية ، ولعل هذا يتدارك فيما بعد وتنقى الكتب الفقهية من كل بحث تافه غير جدى ، والقرآن الكريم وهدى الرسول الاعظم خير قدوة لنا فى ذلك .

١٢ ـ قال فى كتاب الفتوى فى الاسلام نقلا عن كتاب المؤمل فى الرد إلى الأمر الاول ، للامام أبي شامة : كان الصحابة إذا نزلت بهم النازلة بحثوا عن حكم الله تعالى فيها من كتاب الله وسنة نبيه ، وكانوا يتدافعون الفتوى ويود كل منهم لو كفاه إياها غيره . وكان جماعة منهم يكرهون الكلام فى مسألة لم تقع ويقولون للسائل عنها أكان ذلك ؟ فان قال لا قالوا دعه حتى يقع ثم نجتهد فيه . كل ذلك يفعلونه خوفا من الهجوم

على مالاعلم لهم به ، واشتغالا بما هو الاهم ، فاذا وقعت الواقعة لم يكن لهم بد من النظر فيها ا هـ .

أقول وقد كان هذا التحرج شأن جماعة من التابعين كذلك . حتى إذا اتسعت دائرة الفقه اضطر الفقهاء إلى التفريعات بحسب أخيلتهم لكن ماكان ينبغي أن يصل الامر الى مثل ماأسلفنا ، بل الى ماهو أبعد وأغرب منه ، بل كان يجب أن يقف عند حد ماجرت العادة بوقوعه من الناس فعلا ، لاتوهما وتخيلا .

١٣ ـ وبعد فقد ترك الفقهاء من مجهوداتهم المحمودة مجموعة من القواعد الفقهية يستعين بها الناظر فى الفقه وفى مقاصده وغايته . ومنها مايجب الاخذ به حتما ، ومنها مايسترشد به ومنها مادون ذلك . وهاك بعض كتب تلك القواعد وفيها من الفروق والاشباه والنظائر مما هو مطبوع وموجود بين أيدينا بكثرة .

ا ـ كتاب قواعد الاحكام فى مصالح الانام للشيخ عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعى المتوفى سنة ٦٦٠ هـ وهو مطبوع بمصر سنة ١٩٣٤ م . وهو كتاب نفيس جدا فى القواعد الشرعية العامة التى تبنى عليها الاحكام . وقد صدره مؤلفه بأن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد ، واستوفى الكلام فى ذلك أتم استيفاء . وقال فيه صاحب كشف الظنون انه ليس لأحد مثله .

ب ـ كتاب الفروق لشهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس المالكى المتوفى سنة ٦٨٢ وقد طبع بتونس ثم طبع بمصر سنة ١٣٤٧ هـ ومعه حاشية ابن الشاط وهى حاشية مفيدة جدا أصلح بها الكتاب

خير اصلاح وكتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية ، فتكونت منها مجموعة نافعة جدا فى القواعد الفقهية .

ح — كتاب القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ ه وقد طبع بمصر سنة ١٩٣٣ م . وهو من الكنوز الفقهية الثمينة .

د — كتاب الاشباه والنظائر للامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى الشافعى المتوفى بمصر سنة ٩١١ ه وقد طبع بمكة سنة ١٣٣١ ه

ه — كتاب الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن نجيم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ الفه ورتبه على مثال كتاب السيوطى كما يظهر بالمقارنة بينهما وقد طبع عدة مرات ومن أهم شروحه حاشية السيد أحمد الحموى عليه .

هذا — وقد بلغنى أن لبعض فقهاء الشيعة الأمامية المعاصرين لنا كتابا ممتعا فى القواعد الفقهية وهو مطبوع ولكن لم أظفر بنسخة منه فاطلع عليه على أن فى مكتبتى كتبا مطبوعة فى بلاد فارس فى القواعد الفقهية .

وقد جاء فى كشف الظنون أن للامام نجم الدين الطوفى الحنبلى صاحب رسالة المصالح المرسلة المتوفى سنة ٧١٦ ه كتابا فى القواعد الفقهية قال عنه أنه كتاب نافع من عجائب الدهر . وانا لم أر هذا الكتاب لا مكتوبا ولا مطبوعا وياليتنا نظفر بنسخة منه.



معنى الفقـــه

١٤ — الفقه فى اللغة معناه الفهم ، تقول فقه فلان المسألة (بكسر القاف) أى فهمها وفقه (بضم القاف أى صار الفهم ملكة له ولذا يقولون فلان فقيه النفس أى له ذوق فقهى بالملكة لا بالصناعة . ويطلق الفقه على الفطنة والحذق ، ومنه سمى ذلك العلم المعروف لأن معانى النصوص تستلزم فهما دقيقا وفطنة وحذقا وكم تفاوتت فى ذلك الافهام . وقد حكوا من ذلك فى فقه بعض الصحابة فى فهم النصوص الشرعية العجب العجاب كما قال ابن الرومى :

وخبىء الفؤاد يعلمه العا قل قبل السماع بالايماء
وظنون الذكى أنفذ فى الحق سهاما من رؤية الأغبياء

ومعنى الفقه فى الاصطلاح ـ العلم بالاحكام الشرعية العملية المستفاد من أدلتها التفصيلية . فالشرع نصوص نزل بها الوحى ، والفقه علم بمعانى تلك النصوص وطرق الاستنباط منها . وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد يحتاج فيه إلى النظر الدقيق والتفكير العميق . ولذا لا يجوز أن يسمى الله فقيها لأن علمه أحاط بكل شىء . ولا يسمى العلم بالنصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة فقها لأنها لا تكلف الناظر أى عناء لمعرفة المراد منها ، والناس كلهم فى فهمها سواء .

١٥ — والمراد بالأحكام الوجوب والحرمة والندب والكراهة والاباحة ، والصحة والفساد . والمراد بالشرعية أى الموقوفة على خطاب الشارع ، ولا تدرك بدونه ، وطريق معرفتها الوحي ، والمخبر لنا بذلك

هو الرسول . والمراد بالعملية أى المتعلقة بالافعال دون العقائد سواء أكان الفعل من عمل الجوارح كاليد واللسان أم كان من عمل القلب كالنية . والأدلة جمع دليل وهو مايعرف به الشيء بطريق دلالته عليه والمراد بالتفصيلية النصوص الدالة على نفس الحكم مباشرة دلالة كلية كقوله تعالى « أقيموا الصلاة » على وجوب الصلاة وقوله « حرمت عليكم أمهاتكم » على حرمة التزوج بالامهات .

والمناظرات بين الفقهاء انما تكون فى الفقه أى فى فهم النصوص الشرعية ، وكذا القواعد الكلية انما تبنى على هذا الأساس .

تعريف الالتزام

وبيان مصادره



تعريف الالتزام

وبيان الملتزم به والملتزم والملتزم له وما يتصل بذلك

تعريف الالتزام

يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين ، معنى خاص ، ومعنى عام .

فتعريفه بمعناه الخاص هو إيجاب الانسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا أو معلقا . ولايتم إلا بالحيازة ، وتبطله الموانع قبل الحيازة على ماسنبينه فيما يلزم من العقود بالارادة المنفردة . وهو عام فى جميع التبرعات على مذهب مالك .

وتعريفه بالمعنى العام – وهو المراد هنا – إيجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره وارادته من تلقاء نفسه ؛ واما بالزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع الزمه به ، امتثالا وطاعة لأمر الشرع

وعرف الالتزام فى الفقه القانونى بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . أقول ان القيام بعمل هو ابراز شىء من حيز العدم إلى حيز الوجود ، وان الامتناع عن عمل يراد به كف النفس عن ايقاعه اذا همت به – والكف فعل أيضا .

ومآل التعرفين شرعا وقانونا واحد لأن الالتزام على كليهما لايخرج عن كونه فعلا ايجابيا أو كفا .

وسمى الالتزام فى القانون المدنى المصرى بالتعهد ، جاء فى المادة (٩٠) أهلى (١٤٤) مختلط مانصه (التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه)، واعترض على هذا التعريف بأن معنى التعهد أخص من معنى الالتزام لأن لفظ التعهد يفهم منه التزام مصدره العقد ، وعلى ذلك يكون التعريف غير جامع .

وأقول انه يعترض على هذا التعريف أيضا بأنه جاء فيه كلمة (التزام المتعهد) ومعرفة المتعهد متوقفة على معرفة التعهد ، وهذا عيب فى التعريفات ، ولتراجع كتب المنطق . ويعترض عليه أيضا من جهة اللغة بأن لفظ التعهد لم يستعمل فى اللغة مرادا به الالتزام ، وانما هو استعمال مولد .

وعرف فى القانون الفرنسى ضمن تعريف العقد فى المادة (١١٠١) بأن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر لشخص أو أكثر باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولوحظ على هذا التعريف أن كلمة (اعطاء شيء) يستغنى عنها بكلمة (القيام بعمل) وهذه ملاحظة فى محلها لأن الثانية أعم من الأولى

وكل التزام يستلزم وجوده وجود ثلاثة أشياء . ملتزم به وملتزم (بكسر الزاى) وملتزم له (بفتح الزاى)



الشيء الملتزم به

هو الفعل الايجابى أو الامتناع عن الفعل . وهو واحد بالذات ، متعدد ومختلف بالاضافة والاعتبار . فهو بالاضافة الى الملتزم دين عليه للملتزم له وبالاضافة للملتزم له حق وواجب له على الملتزم .

والحقوق تنقسم إلى قسمين : حقوق عامة ، وحقوق خاصة . فالحق العام هو مامنحه الشرع (أوالقانون) للناس كافة على السواء والزم كلا منهم باحترامه وعدم الاعتداء على ماهو لغيره . وذلك كحق الحرية وعصمة النفوس والاموال المملوكة والعرض والمسكن. والحق الخاص هو ما كان وليد التزام خاص لواحد من الناس أو لأكثر مع التعيين بالاسم أو بالوصف . فكل ملتزم مدين لصاحب هذا الحق واحدا كان أو أكثر متى التزمه بارادته واختياره ، وأقره الشرع على التزامه ، أو التزمه بالزام الشرع اياه لوجود سببه الشرعى الذى ناطه الشارع به أو لصلة بين الدائن والمدين كالقرابة والزوجية وقد اقتضت حكمة الشارع أن يجعله سببا للالتزام :

ومتى وجد سبب الالتزام اختياريا كان أو جبريا وجدت بوجوده رابطة قانونية شرعية بين الملتزم والملتزم له بها يكون الاول مدينا والثانى دائنا بالالتزام . وهذا الحق المتولد من الالتزام للملتزم له يسمى حقا شخصيا أى حقا لشخص الملتزم له على شخص الملتزم متعلقا بذمته .

وثم حق آخر يسمى حقا عينيا وهو سلطة لشخص معين كسلطة

كل مالك على ملكه وهذه السلطة ثابتة لصاحب هذا الحق بحكم الشرع (أو القانون) وبها يكون للمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه كيف شاء في حدود ما أذن به الشرع (أو القانون). وهو بهذه السلطة يتمكن من منع كل متعرض له في ملكه، والشرع من ورائه يحميه وبها يقدر أن يسترد ملكه إذا أخذ منه بطريق الاعتداء ولو تداولته الأيدي كما إذا غصب منه أو باعه تحت تأثير الاكراه.

ومفهوم مما بيناه أن الحق العيني ليس وجوده معلولا لالتزام سابق عليه وإنما هو منحة آلهية قضت بها حكمة التشريع لاستقرار الأمور وحفظ النظام ومنع الفوضى والنزاع ولحماية المجهودات البشرية في الحصول على الأشياء الأولية بوضع اليد الأولى وتشجيع النشاط في تحصيلها وفي الانتاج الدائم المستمر فهو من الحقوق العامة التي يجب على جميع الناس احترامها وعدم التعرض لأصحابها. والحاصل أن لكل من الحقين الشخصي والعيني طبيعة خاصة فالأول ارتباط بين شخصين والثاني سلطة إنسان على مال، كما أسلفنا.

ومع هذا فقد حاول فريق من فقهاء القانون الوضعي أن يدمج الحق العيني في الحق الشخصي حيث رأى أن الناس كافة ملتزمون لصاحب الحق العيني بعدم التعرض له. وبذا وجد ملتزم وهم الناس كافة ماعدا صاحب الحق، وملتزم له وهو صاحب الحق العيني وبذا وجدت رابطة قانونية بين الطرفين، صاحب الحق العيني من جهة، والناس كافة ماعداه من جهة أخرى.

ومنشأ الاشتباه على هذا الفريق من رجال القانون هو قياسهم

الواجب العام الذى فرضه القانون فرضا على جميع الناس ـ على الواجب الشخصى الخاص الذى هو وليد رابطة شخصية بين طرفين محدودين جعلت أحدهما مدينا للآخر بفعل شيء أو الامتناع عن شيء معين اتفقا عليه لمصلحة الدائن منهما خاصة ولا يلزم إلا المدين خاصة بمقتضى هذا الاتفاق واما غير المدين من سائر الناس فهو فى حل من هذا الالتزام الشخصى

نعم إذا تعرض لصاحب الحق العينى متعرض فحينئذ فقط يلزم المتعرض ـ ولا بد أن يكون معينا ـ بمنع تعرضه . واذا تعدى على صاحب الحق متعد فانتزعه منه وجب استرداده منه بقوة القانون ، وأوخذ المعتدى على مافعل .

وفريق آخر حاول تقريب الحق الشخصى من الحق العينى وهم أصحاب المذهب المادى فى الالتزام وهاك جملة القول فى ذلك .

لفقهاء القانون فى الالتزام مذهبان هما المذهب الشخصى والمذهب المادى فالمذهب الشخصى يرى أن الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين تخضع المدين للدائن وتقيد من حريته وتمتد إلى جزء من نشاطه .

والمذهب المادى ينظر إلى موضوع الالتزام وقيمته المالية دون أشخاصه من دائن ومدين ويربط به حق الدائن وبذا يخف الضغط بل يزول عن شخص المدين بهذا التحول .

والناظر فى كتب الفقه الاسلامى يرى المذهب الاول متجليا جدا عند أبى حنيفة وأصحابه فى ملازمة الدائن للمدين بنفسه أو بغيره

حتى إذا حصل على شيء من المال أخذه منه الى أن يستوفى دينه ، على ما هو مبين فى كتب المذهب الحنفى .

وأما المذهب المادى فهو الذى يؤيده الكتاب والسنة وعمل كبار الصحابة وهاك جملة القول فى ذلك .

جاء الاسلام فى وقت كان فيه للدائن حق استرقاق المدين وبيعه فى دينه اذا لم يكن فى ماله وفاء ، فأبطل الاسلام ذلك بقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) - ولعل ذلك كان آتيا من القانون الروماني وقتئذ إذ كانت بلاد الشام المتاخمة لبلاد العرب خاضعة لدولة الروم (الرومان) الشرقية فسرى ذلك الى البلاد العربية خصوصا فى شمال الجزيرة . ولم يحبس النبي ﷺ طول مدته أحدا فى دين قط ، وقد قال لغريم المفلس الذى لم يكن له مايوفى دينه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك . فدل الكتاب والسنة على أن الدائن ليس له سلطة على شخص المدين لا بحبس ولا بملازمة يضايقه بها فان كان معسرا فلينتظر عليه وان كان له مال فليأخذ ما يجده من ماله بقدر مايفى بدينه وليس له إلا ذلك بنص الحديث . وبذا نرى أن حق الدائن ارتبط بمال المدين ولا علاقة له بشخصه فلا حبس ولا ملازمة . ولم يعهد فى عصر الخلفاء الراشدين أن مدينا حبس لأجل الدين . وكان على رضى الله عنه إذا جاءه الرجل بغريمه وقال لى عليه كذا . يقول له على اقضه فيقول ما عندى ما اقضيه فيقول غريمه انه كاذب وانه غيب ماله فيقول له على هلم بينة على ماله يقض لك عليه ، فيقول انه غيبه فيقول استحلفه بالله أنه ماغيب شيئا من ماله فيقول الغريم لا أرضى يمينه فيقول على

للغريم فما تريدفيقول الغريم أريدأن تحبسه لى ، فيقول له على لا آمنك على ظلمه ولا أحبسه فيقول الغريم إذا ألزمه فيقول على إن لزمته كنت ظالما له ، وأنا حائل بينك وبينه . وقضاء على هذا نظير قضاء النبي ﷺ فى قضية الحضرمى والكندى فى الحديث الذى رواه مسلم والترمذى . وهو حجة على عدم الملازمة والالزام بالكفيل .

وقد ذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن الدين إذا كان ناشئا عن غير عوض مالى كالاتلاف والضمان والمهر كان القول قول المدين فى أنه لا مال عنده يفى به الدين مع يمينه على ذلك ، ولا يحل حبسه بمجرد قول الغريم انه ملىء غيب ماله . قالوا وكيف يقبل قول غريمه عليه ولا أصل هناك يستصحبه ولا عوض . وأما أصحاب أبى حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام . قسم عن عوض مالى كالقرض وثمن المبيع ونحوهما . وقسم لزمه بالتزامه كالكفالة والمهر وبدل الخلع ونحوه . وقسم لزمه بغير التزامه (الاختيارى) وليس فى مقابلة عوض كبدل التلف وارش الجناية ونفقة الأقارب والزوجات ونحوه . ففى القسمين الأولين يسأل الدائن المدعى عن اعسار المدين فان أقر باعساره لم يحبس له وان أنكر اعساره وسأل حبسه حبس لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده ، والتزامه فى القسم الآخر باختياره ويدل ظاهرا على قدرته على الوفاء . ثم انقسموا فمنهم من ذهب إلى أن بينة الاعسار لاتسمع إلا بعد حبسه ، ومدة الحبس موكول تقديرها إلى رأى القاضى ، ومنهم من قال بسماع بينة الاعسار منه قبل حبسه ، وهذا أرفق به .

قال ابن القيم : والذى تدل عليه قواعد الشرع أنه لا يحبس فى

شيء من ذلك إلا أن تظهر قرينة على أنه مليء قادر على الوفاء لكنه مماطل سواء أكان دينه عن عوض أم كان عن غير عوض ، وسواء لزمه باختياره أم لزمه بغير اختياره . وذلك لأن الحبس جزاء المماطلة ، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها ، فلا يجوز ايقاعها بالشبهة .

أقول : والحاصل أنه بنص الحديث وبما كان يصنعه علي رضي الله عنه لا حبس ولا ملازمة ولا طلب كفيل من المدين على سبيل الوجوب والالزام ولا مضايقة لشخصه ، وانما علاقة الدائن قاصرة على ماله الموجود فقط ، وقد علمت مما بينا آنفا أن علة حبس المدين الواجد المماطل انما هي جزاء مماطلته فقط عند من يقول بذلك . على أنه يكفي التنفيذ في ماله بحكم القاضي ويصرف النظر عن شخصه على ماهو مبين في بابي الحجر والتفليس فتكون العلاقة بين الدائن ومال المدين فقط . وقد قال فقهاؤنا من ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ويستولى عليه ولو بدون حكم الحاكم ولو كان عند مدين مدينه ، ويكون بذلك قد استعمل حقه في الوصول إلى حقه . ويزاد على ذلك أن حوالة الدين من المدين إلى آخر مليء يتحمل الدين عنه قد أجازها الشرع وأمر الدائن بقبولها . وقبولها برضا المحال عليه فرض وواجب على ماذهب إليه ابن حزم وجماعة من الفقهاء ، ومندوب عند الجمهور . كذلك أجاز حوالة الحق فيبيع الداين دينه لغيره أو يهبه له . وسنبين ذلك عند الكلام في انتقال الالتزام . وبذلك صار المتظور إليه هو نفس الملتزم به مجردا عن شخص الدائن الأصلي والمدين الأصلي .



الملتزم

هو المدين . ويشترط أن يكون معينا بشخصه وذاته واحدا كان أو أكثر لأنه هو الذي توجه إليه المطالبة وتقع عليه المسؤولية فلا بد من أن يكون معينا لأجل ذلك ، والدعوى لا تقام على مجهول لعدم الفائدة .

وهل يشترط أن يكون موجودا وقت نشوء الالتزام ؟ ان كان سبب الالتزام اختياريا كالعقد اشترط وجوده وقت نشوء الالتزام المسبب عن العقد مقارنا له مقارنة المعلول لعلته أو الموجود عقبه مباشرة بدون فترة زمانية . وإن كان مصدر الالتزام الشرع فلا يشترط وجوده وقتئذ إذ ماله يكفى أن يكون محل الوفاء بالالتزام . وعلى هذا إذا صدر عن انسان فعل مادى لا يراد به وقت صدوره عنه ارتباط قانونى بغيره ، ثم نشأ عن ذلك الفعل المادى هذا الارتباط بحكم الشرع فانه يكون مدينا لمن ارتبط به بسبب ذلك الفعل . مثال ذلك أن يحفر شخص حفرة بالطريق العام متعديا فيتردى فيها حيوان فيموت فان كان ذلك فى حياة ذلك الشخص طولب بالضمان وان كان بعد موته تعلق حق مالك الحيوان بتركته وصار من ضمن الديون التى عليه ، وذلك لمباشرته السبب الذى أوجب ذلك . وقد يمضى زمن على هذه الحفرة ولا يحصل منها أى ضرر لأحد حتى تردم .

كذلك يتعلق حق الملتزم له شرعا بمال الملتزم ، والملتزم موجود حكما .

ومن أمثلة هذا وجوب نفقات أقارب الجنين عليه في ماله الموروث قبل أن يولد ، على مذهب الامام احمد .

بل أقول ان حق الملتزم له قد يتعلق بمال الملتزم والملتزم لا يزال في طيات العدم لما يبرز إلى عالم الوجود لا حقيقة ولا حكما ولكنه يتوقع وجوده فيما بعد بحكم العادة ودلالة القرائن الظاهرة . ومن أمثلة ذلك أن يوصي زيد لأول مولود يولد لبكر بضيعته بما فيها من الماشية والأدوات وغيرها مما هو تابع لها ثم يموت زيد والوصية تخرج من الثلث قبل أن يولد لبكر ولد بل قبل أن يتزوج بكر ، ثم يولد له ولد فالوصية صحيحة على مذهب الامام مالك . وتكون الضيعة ملكا لذلك المولود وكذا فوائدها وثمراتها التي حدثت بعد موت الموصي وقبل الولادة . فلو أنه في تلك الفترة أتلفت مواشي تلك الضيعة زرع بعض الناس فان الضمان يستوفى من مال تلك الضيعة (راجع كتابنا التزام التبرعات) ففيه تمام الكلام في هذه المسألة .

(تتمة) مات مسلم وليس له ما يكفن ويجهز به ، ولا من يجب عليه ذلك من أقاربه كان كفنه وتجهيزه في بيت مال المسلمين ، فان تعذر ذلك أو تعسر فعلى أغنياء المسلمين وهذا من فروض الكفايات وقد يكون ذلك من مال موقوف . ويرى أبو محمد بن حزم أن هذا واجب على من حضر موته من المسلمين .

الملتزم له

هو الدائن صاحب الحق ويجوز أن يكون وقت نشوء الالتزام معينا بالشخص والذات أو معينا بالوصف ، واحدا كان أو أكثر ،

محصور العدد أو غير محصور العدد كما فى الموصى لهم والموقوف عليهم. وقد يكون حيوانا ويقضى له بحقه على الملتزم بالزام الشرع . انظر كتابنا نظام النفقات صفحة ١٠٥ ، ١٠٦ وكتابنا الاهلية وعوارضها فى أوله وكتابنا التزام التبرعات فى الوصية صفحة ١٥ و٣٨ و ٣٩ ففيها اتفاق الفقهاء على الوصية لغير الآدميين كالمساجد والمدارس والملاجىء والمستشفيات والقناطر وسائر المصالح العامة ،وعلف الدواب ، ولماتلده فرس فلان الخ وكذا الوقف على ذلك ، والوقف لأجل انشاء المساجد والمدارس الخ .

كذلك يجوز أن يكون الملتزم له موجودا حقيقة أو حكما وقت انشاء الالتزام أو يكون قد وجد من قبل ثم مات ، أو غير موجود لكن يتوقع وجوده فى المستقبل . وعلى هذا

١ ـ تجوز الوصية لميت علم الموصى بموته ، ويصرف الموصى به فى قضاء ماعليه من الديون فان لم يكن عليه دين كان الموصى به لورثته ، فان لم يكن له ورثة بطلت الوصية ولا تكون لبيت المال ، وهذا هو مذهب مالك . وتجوز كفالة دين الميت المفلس لدائنيه ، وقد أقر النبي ﷺ ذلك . وهذه كفالة عن الميت بطريق التبرع له .

٢ ـ كذلك تجوز الوصية للجنين،وهو يرث بحكم الشرع ، و تجوز الهبة له على مذهب مالك ، وكذا يجوز الوقف عليه .

٣ ـ كذلك تجوز الوصية لمن سيوجد والهبة له والوقف عليه وانظر تفصيل ذلك كله فى كتبنا (التزام التبرعات ، وكتابى الوصية والوقف الجديدين المطبوعين من سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٤ .

٤ — وكذا بالأولى اذا كان الملتزم له موجودا وقت نشوء الالتزام ثم ان كان الالتزام تعاقديا اشترط فيه الأهلية ان كان طرفا فى العقد وإلا تم ذلك بواسطة من ينوب عنه. واذا لم يكن تعاقديا ، بل حصل بحكم الشرع أو بارادة الملتزم المنفردة فلا تشترط فيه الاهلية أصلا.



مصادر الالتزام

مصدر الالتزام هو السبب الشرعى الذى أنشأ الالتزام . فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والتزام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ بجبر الضرر باصلاح ما أتلفه أو بضمانه بمثله أو بقيمته هو فعله الضار بغيره . والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة .

تمهيد

يقول فقهاؤنا ان الأصل فى الانسان الحرية وبراءة الذمة .

ويقول الله تعالى «وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » . وهذا هو الأصل الذى ترجع إليه جميع الالتزامات فى الشرع الاسلامى .

يولد الانسان وهو شاهد على نفسه بلسان كونه ، ومقر بما ركزه فيه صانعه من العقل ، ومن الخصائص التى اختصه بها بعبوديته لربه ، وأنه مهيأ لقبول جميع التكاليف التى يكلفه بها خالقه الذى بنى هيكله بيده ونفخ فيه من روحه فجعله بشرا سويا . وبذا كانت ذمته منذ فجر ولادته مشغولة بما يجب عليه لربه . وهذه هى الأمانة التى عرضها الله تعالى على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، لخلوهن من التهيىء والاستعداد لحملها كانت تنتظره منذ بداية وجوده فلما برز من عالم الغيب الى عالم الشهادة لصقت به ولازمته مدة الأجل المضروب له فى هذه الحياة الدنيا .

فكيف مع هذا يقول فقهاء الشرع : ان الأصل فى الانسان الحرية وبراءة الذمة ، وهو قد ولد عبدا لله ، مشغولة ذمته بالايمان بالله وبالاقرار بوحدانيته ، وبطاعته فى كل ما يأمره به ، وينهاه عنه ؟

والجواب عن هذا أن فقهاءنا — وهم بلا شك ولا ريب مؤمنون بهذا — انما يريدون بقولهم هذا ان كل انسان يولد حرا بالاضافة إلى غيره من بنى جنسه ، وأن الجميع أمام خالقهم وبارئهم سواسية ، وأن ذمة كل منهم بريئة مما يشغلها بحق لغيره عليه الا بسبب يوجب ذلك شرعا . فمن ادعى منهم على أخيه شيئا ولم يقر به المدعى عليه فعلى المدعى عبء اثبات ما يدعيه .

ثم هم كلهم بفضل الله تعالى ونعمته عليهم سادة لكل ما على البسيطة وما فى باطنها وأعماق البحار من حيوان ونبات وجماد يتمتعون به بكل ضروب التمتع التى أذن الله لهم بها . وقد ألهمهم الخالق كل طرق الانتفاع والاستمتاع بها على حسب ما هيأ له كل مخلوق من هذه المخلوقات لنفع وخدمة بنى الانسان . فاذا خرجوا عما أذن الله لهم به كانوا هم المسؤولين أمامه عن ذلك بعد أن أراهم الطرق وأنار لهم السبيل ، فالحجة قائمة عليهم إذا خالفوا ، ولا عذر لأحد منهم بعد ذلك . ولله الحجة البالغة .



تعدد مصادر الالتزام

الالتزامات المباشرة وارجاعها إلى أصلها

الاحداث الكونية مزيج من أعمال الانسان بجوارحه مباشرة أو بالواسطة ، اختيارية كانت أو غير اختيارية ، ومن أعمال غيره من الكائنات الحية ، ومما يصدر عن الكائنات الأخرى المحيطة بالانسان المسخرات بأمر الله من الظواهر المختلفة للوجود والحياة .

ايقاعات تتلوها ايقاعات ، ووجودات تتبعها وجودات ، وأكوان تبرز من حيز العدم ثم تمحى وتجيء بعدها أكوان . تحليل وتركيب ، وكون وفساد ، وحركات مستمرات على الدوام تجعل ما أحتواه الكون كل يوم هو فى شان ، على وفق ما أراده مدبر الأكوان .

فأما أفعال الانسان فهى دائرة بين أن تكون مادية فقط كالأكل والشرب وبين أن تكون أفعالا تتولد عنها التزامات وارتباطات قانونية كأن يصدر عن الانسان فعل ضار بنفس غيره أو بماله قصدا أو خطأ أو فعل نافع لغيره . وكأن ينشيء الانسان التزاما باختياره ، وقد يكلفه الشرع بما تقضى به حكمة التشريع والعدل الالهى وحفظ كيان المجتمع الانسانى على أحسن ما يكون كالنفقة على الأقارب ورعاية حقوق الجوار وما يقضى به التعاون العام لحماية نفوس وأموال الضعفاء ممن لايقدرون على النظر فى شؤون أنفسهم كالصغار وفاقدى الأهلية من الكبار وما الى ذلك . كذلك الأحداث الكونية لها تأثير فى تغيير مجرى الالتزامات . اذا تقرر هذا أقول .

الطريق الأول

أن مصدرها اما عمل يباشره الانسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره ، ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع . واما أن يكون الايجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الالهى ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الانسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى التزام عليه لكن الشرع هو الذى يرتب الالتزام عليه ، وقد يكون الانسان بهذا الفعل دائنا لغيره شرعا .

فالأول يتناول العقد والارادة المنفردة ـ أو نقول ـ يتناول العقد بنوعيه على حسب تقسيمنا الآتى ، ويندرج فيه النذر والأيمان ، ولكنى لا اتعرض لشىء منهما فى هذه المذكرة بل اقتصر على العقد بنوعيه فقط .

والثاني يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الاقارب وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلا ضارا يصير به الفاعل ملزما بتعويض الضرر أو فعلا نافعا لغيره يصير به الانسان دائنا لذلك الغير بذلك الفعل شرعا . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام اما اختيارية واما جبرية ، والاختيارية تشمل العقد والارادة المنفردة ، والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذى به يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر فاما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى واما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة . والفعل النافع الذى به يكون الانسان دائنا لغيره وهو

المنون له فى كتب الفقه القانونى بالاثراء على حساب الغير [1] ومايقضى به القانون الشرعى ابتداء على ماأسلفنا . وانظر التطورات القانونية فى بيان مصادر الالتزام وترتيبها وما استقر عليه الأمر أخيرا فيها .

الطريق الثانى

أن مصدر الالتزامات كلها الشرع اما مباشرة أو بالواسطة على مابينا .

(تتمة) الفعل الضار إذا صدر عن غير ذى أهليـة كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه فعلى مذهب مالك لاضمان عليـه فى ماله . وليقارن هذا بالقانون الفرنسى والمصرى ومجلة الالتزامات التونسية (المادة ٩٣) . واما على مذهب أبي حنيفة وأصحابه فالمسؤولية واقعة على الفاعل مطلقا ولو كان غير مميز وفى هذه الحال تـكون المسؤولية

---

(١) ومن أمثلة ذلك . أن يعمر شخص قناة لغيره ويصلحها بغير اذنه فان له الأجر على ماعمل وهو أجر المثل . وهذا مذهب مالك وأحمد . وهكذا كل من فعل فعلا يحفظ به مال غيره ويصونه كان له ان يرجع عليه باجرة مثله فيما عمل كالذى يحصد زرع غيره فى غيبته بسبب مرض أو حبس أو غيرهما فانه يستحق الأجر على ماعمل ويرجع بما اتفق ، وهذا أحسن من أن يقـال لاشىء له على ذلك فلا تطيب نفسه بالتعرض للمشقة ثم يذهب عمله باطلا ويذهب مال الآخر ضائعا أو يتلف ، والمصلحة فى نفع الطرفين ظاهرة . وهكذا اذا انهدم السفل فبناه صاحب العلو عند امتناع صاحبه من بنائه فانه يرجع عليه بقيمة البناء على ماهو مبين فى كتابنا المعاملات المالية الشرعية .

مالية فقط . والقاعدة عندهم فى ذلك هى أن الاعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل ، وأن النفوس والأموال معصومة فى دار الاسلام ، على ماهو مبين فى موضعه . وهذا مااتجهت اليه الآراء الحديثة فى أوروبا .

العقـــــــــــد



العقـــــــد

عرف العقد فى الفقه القانونى بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله . وعرف فى القانون الفرنسى بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص ، لشخص أو عدة أشخاص آخرين باعطاء شى أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . والفقه الشرعى يوافق الفقه القانونى على كل من التعريفين . والمراد فى التعريف الاول بكلمة (أو نقله) حوالة الحق وحوالة الدين . وفى الحقيقة أن الاتفاق على نقل الالتزام بتغيير شخص الدائن أو شخص المدين ، أو كليهما هو عقد جديد جاء فى المرتبة الثانية بعد العقد الذى أنشأ الالتزام ابتداء إلا إذا كان مصدر الالتزام الاول غير العقد .

ولم يتعرض كل من التعريفين القانونيين للعقد الحاصل بأرادة واحدة لأن القانون لا يعترف به عقدا وانما يعتبره ارادة منفردة أنشأت التزاما على ما سأبينه بعد فى بحث الارادة المنفردة . وكذلك العقد عند فقهائنا حيث عرفوه بأنه ربط أجـــزاء التصرف ، بعضها ببعض بالايجاب والقبول

وانما اعتبرت ما يتم بالارادة المنفردة عقدا أخذا منى من كلام فقهائنا فيما يصح تعليقه ومالا يصح تعليقه من العقود اذ عدوا من ذلك العتق والطلاق والوقف كما عدوا من ذلك البيع والاجارة الخ على ما سيأتى تفصيل الكلام فيه .

لهذا أرى أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقدا ، وعلى ذلك أقول

ان العقد فى فقه القانون الشرعى يطلق بطريق الاشتراك على معنيين (الاول) توافق ارادتين متقابلتين على انشاء التزام أو نقله (الثانى) العزم الاكيد والارادة المصممة على فعل شىء أو تركه

على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين بالمعنى الثاني.فيوجد العقدان البسيطان أولا أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل ، ثم يؤلف منها العقد المركب بربط أحدهما بالآخر

واذا رجعنا الى اللغة وجدنا أن من ضمن معانى العقد احكام الشىء وتقويته ، كما أن من ضمن معانيه عقد أطراف الأشياء وربطها بعضها ببعض . وبذلك يمكننا أن نساير ما قاله الفقهاء فى كتبهم الفقهية ولا نقع فى حيرة من تسمية مثل العتق والوقف عقدا . وقد سمى شيخ الاسلام ابن تيمية الطلاق عقدا بعبارة صريحة لا لبس فيها .

والحاصل أن العقود تشمل كل ما انعقد بارادتين متقابلتين ، كما تشمل الاسقاطات المحضة وغيرها

عمل الارادة

فى تكوين العقد وانشائه وأساس سلطانها ومصدر قوتها

قد تتجه نفس الانسان الى فعل شىء أو الامتناع عنه ،وهى فى بداية التفكير فى الايقاع أو اللايقاع قد لا ترجح سلوك أحد الطريقين على سلوك الآخر بل تقف فى حيز التردد بينهما . ثم يترجح عندها أحد الامرين

لاعتبارات تطوف بها فتسير فى طريقها الا تلوى على شىء حتى ينتهى بها السير إلى ابراز ما صممت عليه الى عالم الوجود الخارجى ، اما فعلا واما امتناعا بالكف . فان كانت حركتها هذه قد أدت الى عمل غير قانونى فهذا مما لا شأن لنا به هنا . وان كان الغرض منهـا عملا قانونيا يكفى لتحققه الارادة المنفردة كالوقف والطلاق فهذا هو ما نعنيه بالعقد ذى الماهية البسيطة .وان كان عملا قانونيـا يراد ربطه بعمل مثله من من جانب آخر ليتولد عنهما ارتباط ناشىء من العملين جميعا بالاتفاق فهذا هو ما نعنيه بالعقد ذى الماهية المركبة

وكلا العقدين مصدره الارادة فهو وليدها وحدها وبهذا جاء الشرع الاسلامى وأجمعت عليه الامة .فالارادة فى العقود لم تقيد فى وقت ما ولم تهمل ويكتفى بأمور شكلية انقطعت الصلة بينها وبين نية العاقد وارادته . والكتاب والسنة ناطقان بهذا « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » « لا يحل مال أمرىء مسلم الا بطيبة من نفسه » « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » ولم يخالف أحد من الامة فى أن الرضا وحده كاف لتحقق الالتزامات

أضف الى ذاك أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم — ولم يستثن منها الا ما كان محرما — ونصوص الكتاب والسنة فى هذا لا تحصى سواء أكان العقد بين طرفين ، أم كان بين العبد وربه ، أم كان منشؤه ارادة العبد المنفردة حتى لقد أمر المسلمين بوفائهم للمشركين بعهودهم. وبالجملة فارادة الانسان فى الشرع الاسلامى حرة فى تصرفاتها — قانونية وغير قانونية — ولم تقيد الا

بقيدين : قيدها بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع الانسانى . أولهما ما حرمه الله تعالى ونهى عنه فانه يجب الابتعاد عنه حتما ويقابله فى القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة . وثانيهما ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا . وعند تصادم الارادات يحفظ التوازن بينها بحكمة الشرع بالميزان الذى هو العدل الالهى فسلطان الارادة حق ثابت لها فى كل عملها على ما بينا لم تسلبه وهو منحة من الشارع استفادت به قوتها

وهذا بخلاف ما كان عليه الحال فى القانون الوضعى فيما مضى من الزمن فى غير البلاد الاسلامية الى عهد ليس بالبعيد جدا .

يقول شراح القانون ما خلاصته : لم يعترف القانون الرومانى لارادة العاقد بسلطان ، بل بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات واشارات وألفاظ وكتابة فلا يتم العقد بدونها . أما مجرد توافق ارادتين فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة . ثم انتقل القانون إلى أوربا (١) وظل العمل به كذلك الى أن تغيرت الأحوال والأوضاع القديمة شيئا فشيئا ونظمت حركة التجارة واتسع نطاق التعامل مما اقتضى تضييق الخناق على هذه الشكليات وانتهى الأمر إلى القرن السابع عشر الميلادى الذى تنفست فيه الارادة الصعداء وأحست بثبات قوتها وسلطانها . حتى إذا وضع نابليون قانونه على

(١) بعد أن اختفى زمنا طويلا وظهر فجأة على ماقالوا حوالى القرن العاشر فى أوربا . وتفصيل الكلام فى هذا له موضع آخر .

أساس احترام حرية الفرد فى ارادته وسائر تصرفاته تمتعت الارادة بحريتها كاملة . ثم هوجمت حينما تهورت ثم دوفع عنها حتى اعتدل الأمر واستقام تحت تأثير الظروف بالقدر المستطاع . وقد احتفظ ببعض الشكليات فى بعض العقود لا على أنها أمور تعبدية بل لحكمة راعاها واضع القانون فى ذلك كاشتراط رسمية عقد الهبة والرهن التأمينى.

قال لى قائل : أنا أفهم أن فقهاء القانون الوضعى قد تعرضوا للنظر فى سلطان الارادة ومتى بدأ ذلك لأن الحال عندهم قد تنقل من الشكليات المحضة التعبدية إلى حرية الارادة الكاملة بالتدريج ، لكننى لا أفهم تعرضك للكلام فى هذا الموضوع ـ وقد ولدت الارادة فى الشرع الاسلامى طليقة حرة لها سلطانها وقوتها فى جميع العقود والتصرفات على ماقلت وإذاً لا أرى كلامك فى هذا إلا فضولا وتضيعا للوقت .

فقلت له : ان ماقلته حق اذا نظرنا اليه من جهة واحدة فقط أما اذا نظرنا اليه من الجهة الأخرى وهى جهة المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى فلا وجه للاعتراض بل هذا هو الواجب ـ أولا ـ لدفع تهمة عن الشريعة فى أنها اقتبست أحكامها من القانون الرومانى ، كما يقول المجازفون الذين يهرفون بما لا يعرفون ـ ثانيا ـ لبيان سمو الشرع الاسلامى الذى رفع بأحكامه قدر الانسان وجعله فى المستوى اللائق بانسانيته ولم يموه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أوهام فى أوهام

(تتمة) للموضوع لابد من ذكرها هنا .

يوجد فى الشريعة الاسلامية عقود يرى أنها لاتتم بارادة العاقد وحدها بل لابد فيها من ضميمة يتم بها العقد .

أولا : — عقد الزواج — لابد لصحته من ولى وشاهدين ، أو شاهدين ولا حاجة الى الولى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ، على مايبين فى موضعه .

ثانيا : عقود التبرعات وبعض عقود أخرى فى مذهب مالك لاتتم ولا تصح الا بالشهادة على ماحكاه شارح العاصمية .

ثالثا : عقود لاتتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والقرض والرهن والعارية والوديعة والوقف . على قول

وهذا يدل على أن فى الشريعة عقودا شكلية إذ الارادة وحدها لاتكفى فى تحققها وصحتها شرعا . وأقول جوابا عن هذا

أما أولا

فلأن عقد الزواج يعقد للدوام والبقاء وبه تتعلق أحكام خطيرة من ثبوت النسب وغيره من الحقوق المرتبطة بذلك فوجب الاشهاد عليه واعلانه ليشتهر بين الناس ويكونوا على علم به وتنقطع الالسنة عن التكلم فى المحصنات بما لايليق . وأما اشتراط الولى عندمن اشترطه فلبيان رفعة قدر المرأة ولأنها عزيزة مطلوبة غالية فاذا باشرت عقد الزواج بنفسها وبدون حضور أوليائها كان فى هذا مساس بكرامتها وكرامتهم والمرجع فى هذا العرف والتقاليد .

واما ثانيا

فقد قال شارح العاصمية ما نصه : الاشهاد شرط صحة فى التبرعات من حيث هى وفى كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما

ولا يختص الاشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطا فى الصغير دون الكبير . وحينئذ اذا قال : حبست أو تصدقت أو وكلت أو أوصيت ، ولم يقل اشهدوا على ذلك ، ولم يفهم من حالة أنه قصدهم الى الاشهاد عليه فانه لا يصح شيء من ذلك ، وكذا لو كتب بذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شيء منه لأنه قد يقول أو يكتب وهو غير عازم على شيء من ذلك . انتهى بحروفه . ويؤخذ من هذا أن الحامل على اشتراط الاشهاد فى التبرعات هو التأكد والتثبت من عزم المتبرع على ما تبرع به وأنه جاد غير ها زل . فاذا طلب الاشهاد عليه وأشهد ، أو فهم من حاله بدلالة القرائن أنه عازم حقيقة على انفاذ تبرعه صح تبرعه . واذا يكون الغرض من هذا الشرط هو تبين ارادته الظاهرة المدلول عليها بقوله أو كتابته لارادته الباطنة القائمة بنفسه وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن تجعل هذا أساسا لاشتراط رسمية عقد الوقف على ما بين فى المادة الأولى من المشروع . وانظر شرحنا لهذه المادة فى كتابنا صفحة ٦٣ وما بعدها

وأما ثالثا

فلان توقف تمام هذه العقود ـ المسماة فى اصطلاح القانون بالعقود العينية — على القبض فالادلة شرعية قامت على ذلك وهى مبينة فى مواضعها لايتسع المقام لايرادها هنا .

والحاصل أن هذه القيود كلها ليست من الشكليات السخيفة المبنية على الاوهام بل هى كلها مما يقوى الارادة ويحققها .

تقسيم العقود

تنقسم العقود الى عدة مجموعات تنتظم كل مجموعة منها وحدة ذاتية تجعلها نوعا واحدا .

(١) مجموعة التمليكات

وهي نوع من أنواع العقد وجنس ينتظم المعاوضات والتبرعات

(١) والمعاوضات هي نوع من أنواع التمليكات وجنس ينتظم مايأتي :

(٢) مبادلة مال بمال ومبادلة مال بمنفعة ومبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى المصطلح عليه عندالفقهاء . ويلتحق بها مبادلةمنفعة بمنفعة ، ومبادلة منفعة بما ليس بمال ولا منفعة فى الاصطلاح الفقهى الشرعي فهى تشمل : البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم والاستصناع ، والصلح عن اقرار ، وقسمة الاعيان والتخارج والهبة بشرط العوض ، على قول وحوالة الحق أى بيع الدين بالدين (١).

---

(١) المال فى الاصطلاح الفقهى الشرعى يطلق على الاشياء المادية المتقومة ولا يطلق على المنافع والحقوق اصطلاحا . والبيع المطلق هو بيع الاعيان المالية بالاثمان والمقايضة هى بيع عين بعين والصرف هو بيع النقد بالنقد والسلم هو بيع ما يتعلق بالذمة — غير النقدين — بمال يؤدى فى الحال . والاستصناع هو طلب عمل شيء خاص مادته فى الصانع كصنع الادوات المنزلية ونحوها . والصلح عن اقرار هوما كان فيه المدعى عليه مقرا بالحق المدعى فيتفق مع المدعى على اعطائه شيئا بدل مايدعيه

والايجار . والمؤاجرة والجعالة والسباق والرمى (١) والمهايأة (٢) والزواج والخلع (٣).

(ب) التبرعات . وهى نوع من أنواع التمليكات ، ويندرج تحتها ما يأتى :

تبرعات ابتداء وانتهاء ، وتبرعات ضمن عقد معاوضة ، وتبرعات ابتداء وقد ينتهى بها الأمر إلى أن تستمر تبرعات إلى النهاية أو تنقلب

بتراضيهما . وقسمة الأعيان تكون فى الأموال المادية وهى تتضمن الافراز والمبادلة دائما سواء أكانت قسمة تفريق أم كانت قسمة جمع ، وقد يكون جانب الافراز أظهر كما فى المثليات المتقاربة ، وقد يكون جانب المبادلة أبين والهبة بشرط العوض على أحد الرأيين . وكذا حوالة الحق على أنها بيع دين بدين أجيز بطريق الاستثناء للحاجة . والتخارج مبادلة بين الورثة فى أموال التركة وهو نوع من الصلح

(١) الايجار يكون فى الأشياء كالاراضى والدور ، والمؤاجرة للاشخاص ويندرج فيها الأجير المشترك والاجير الخاص ، وسائر الاجارات دائرة بين ذلك . والجعالة كقولك من وجد ضالتى فله كذا والسباق والرمى كالجعالة إذا كان الجعل من أحد المتسابقين أو من السلطان من بيت المال أو من أحد من الرعية وكذا إذا كان منهما للسابق منهما على أحد قولين . وانظر المهذب

(٢) هى مبادلة منفعة بمنفعة وهى قسمة المنافع وتكون اما مكانية واما زمانية

(٣) الزواج بالنسبة للمهر جعله الفقهاء فى مقابل التمتع بالمرأة . وحقيقة الامر أن الزواج عقد انضمام وازدواج ومشاركة، والمهر حكم من أحكامه شرعا فلا هو ركن ولا شرط لصحة العقد . والخلع هو إزالة ملك الزواج بلفظ الخلع أو بما فى معناه وهو يمين من جانب الرجل ومعاوضة وشراء للعصمة من جانب المرأة

معاوضات.فهى تشمل : الهبة و الصدقة والوصية والاعارة [١] والقرض والـكفالة ، وحوالة الدين المطلقة والمحاباةفى عقود المعاوضات والوقف والابراءمن جهة كونهما تمليكا.والعمرى والرقبى والتحليل والاباحة [٢] والصلح عن انكار [٣] والهبة بشرط العوض على قول .

(ح) الاسقاطات . وهى نوع من أنواع العقد ، ويندرج تحتها ماياتي :

اسقاطات محضة كالطلاق والعتق وتسليم الشفعة واسقاط كل حق يجوز اسقاطه بلا مقابل . واسقاطات فيها معنى التبرع وهى الابراء

---

(١) الهبة والصدقة خاصان بتمليك الأعيان المالية فالصدقة فيما كان لقصد الثواب من الله ، والهبه فيما كان لقصد الثواب من الموهوب له أو لصداقة أو قرابة بينه وبين الواهب . والوصية بالعين أو المنفعة أو بجزء شائع فى التركة بعد الموت . والاعارة تمليك المنافع مجانا ، ويندرج فى المنافع الثمرات والزوائد ، ولو كانت أعيانا مادية ولذا يندرج تحتها الاسكان والعرية وهى إعارة الشجرة للانتفاع بثمرتها

والمنحة وهى إعارة الشاة (مثلا) للانتفاع بلبنها ، والخدمة وهى إعارة العبد لذلك ، والارفاق فى منافع العقار . والقرض تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء وكذا الكفالة بأمر المدين ومثلها حوالة المدين حوالة مطلقة والمحاباة من البائع ببيع الشيء بأقل من قيمته كنصفها (مثلا) ومن المشترى بشراء الشيء بضعف قيمته (مثلا) والوقف والإبراء باعتبارهما من التمليكات بدون عوض ، والصلح عن انكار المدعى عليه .

وليرجع إلى العمرى والرقبى والاباحة والتحليل فى كتابنا التزام التبرعات وكذا الهبة بشرط العوض

من الدين ، والوقف على قول من يرى أنه اسقاط كابى يوسف وهو ماعليه العمل عندنا فى محاكمنا الشرعية .

(د) الاطلاقات . وهى تنتظم مايأتى :

الوكالة . الاذن للصبى المميز – ومثله العبد – بالتجارة ويندرج تحتها كل أنواع الولاية على النفس أو المال كولاية الأب والجد والأقارب والقاضى والاوصياء وإقامة امام أعظم للأمة فهو فى الحقيقة وكيل عنها وكذا فروع الامامة العظمى من قضاة وولاة وسائر عمال الدولة. فهؤلاء كلهم فى الحقيقة وكلاء عن الأمة شرعا .

(ه) الشركات على اختلاف أنواعها ويدخل فيها المضاربة والمزارعة والمساقاة وفيهما شائبة الاجارة . وكل شركة تتضمن الوكالة والمراد بها هنا شركة العقد لا الملك.

(د) عقود الاستيثاق مثل الكفالة والرهن .

(ز) عقود الاستحفاظ مثل الوديعة والحراسة .

البحث الاول من مباحث العقد

فى تكوينه شرعا وبيان ماله اتصال بذلك

تمهيد

فى الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد

قد يكون للعقد وجود حسى فقط كما إذا صدر من غير أهله أو فى غير محله ، وقد يكون له وجود شرعى من أول الأمر وهو ما استوفى فيه كل أركانه وشرائطه وهو فى هذه الحالة الثانية لابد له من وجود حسى حتما وهو ما يدل عليه ما يقع تحت الحس من سمع وبصر من أقوال العاقدين أو كتابتهما ورؤية كل ما يصدر عنهما . فأما الوجود الحسى وحده فلا يجعل للعقد أى اعتبار شرعى كأن يكون أحد العاقدين غير مميز أو المحل غير قابل كبيع مسجد أو جزء من من الطريق العام مع بقاء المبيع على صفته بدون تغيير . ونظير هذا الصلاة بغير طهارة والصوم مع التلبس بالحيض فان كلا من الصلاة والصوم وان كان لهما وجود حسى ليس لهما وجود شرعى معتبر فلا تزال الذمة مشغولة بهما . وإذاً لابد من معرفة الاركان والشروط لتحقق الوجود الشرعى للعقود المستلزمة لترتب أثر العقد عليه

هذا - وقد قسمت فيما سبق العقد إلى قسمين ، عقد ذو ماهية بسيطة وعقد ذو ماهية مركبة . وأما فى القانون الوضعى فالعقد لابد فيه من توافق ارادتين متقابلين من الطرفين ولو حكما . ولهذا لما وجدوا أن بعض

الالتزامات قد تم بارادة منفردة لم يرضوا أن يسموا هـذا عقدا له خصائصه كما فعلت بل اعتبروه صادراً عن ارادة منفردة وأحجموا عن تسميته عقداً وقد كان لى أن أمضى فى سبيلى ولا ألوى على شىء مما قالوه فى الارادة المتفردة لأن عندى ما اعتمد عليه فى اعتبار التقسيم الذى ابتكرته على ما سأسمعك . لكن أردت أن أشترك معهم فى بحثهم فى الارادة المنفردة لاطلعهم على كلام فقهائنا فى ذلك ولا تخلو المقارنة من الفائدة ، وإن شئت فسم هذا فضولا من القول

قالوا إنا مضطرون الى القول بالارادة المنفردة وإلا لقعد بنا القصور عن تعليل بعض أعمال قانونية لولا القول بالارادة المنفردة لما استطعنا تعليلها ، من ذلك

١ - الجائزة التى يجعلها انسان لمن عمل عملا كرد ماله الضائع عليه فاذا عثر به إنسان ورده الى مالكه استحق تلك الجائزة فعلى أى أساس يعتمد هذا غير الارادة المنفردة من جاعل الجائزة لانه ليس أمامه عاقد آخر قابل ويجاب عن هذا بأن واجد المال الضائع وراده إلى مالكه بعد علمه بالجائزة يعتبر بعمله فى البحث عن المال الضائع متعاقدا مع الواعد بالجائزة تعاقداً ضمنياً ، فلا حاجة إلى الاستناد إلى الارادة المنفردة أقول وكذلك الحكم فى مذهب الشافعى وعلى ما ذهب اليه ابن القاسم وغيره وقد زادوا على ذلك أن الواجد إذا كان من شانه أن يبحث عن الضوال والأموال الضائعة ليردها إلى أربابها فالحكم كذلك ويعتبر هذا عقدا ضمنياً

أما إذا كان الواجد قد وجد المال الضائع ورده بدون أن يعلم

بالجائزة ففريق قال لايستحق الجائزة وهذا يوافق مذهب الشافعى وابن القاسم وهو الراجح من مذهب مالك — إلا إذا كان الواجد من حرفته وعمله البحث عن الضوال ، وفريق قال انه يستحق الجائزة ويعلل هذا بالارادة المنفردة وهذا هو مذهب ابن الماجشون وأصبغ وهو رواية عن مالك وعليه اقتصر ابن الحاجب . وهذا هو جملة ماجاء فى كلام فقهاء القانون وفقهاء الشرع فقد توافقا فى الجملة . والحاصل أن المذهب الغالب على الكثير من فقهاء فرنسا ومصر يوافق مذهب الشافعى ومذهب ابن القاسم ، والمذهب الالماني يوافق ماذهب اليه ابن الماجشون وأصبغ وهو رواية عن مالك . وهو الظاهر من مذهب الامام احمد لكن الواجب للواجد فى هذه الحالة أجر مثل عمله على ماقاله ابن القيم

ب — التزام الموجب أن يثبت على إيجابه مدة من الزمن قبل قبول الطرف الاخر . وهذا لا يعلل لا بان الارادة المنفردة لها قوة الالزام لكن القضاء فى مصر وفرنسا لا يلزم الموجب بعدم الرجوع قبل القبول فهو فى ذلك كالشريعة ويعلل بان الموجب بعد صدور الايجاب منه وقبل قبول الاخر — فى مثل عقد البيع — قد جعل للطرف الاخر حق الملك فى المبيع مع بقاء حقيقة الملك للموجب . ولا يخفى أن حق التملك أضعف من حقيقة الملك ولذا كان له حق الرجوع قبل القبول ويمكن تدارك الامر عندنا بان القابل يشترط فى قبوله أنه بالخيار كذا يوما وعلى ذلك يلزم العقد بهذا الموجب ويكون القابل حرا فى مدة الخيار

(ج) السند لحامله . وصورته أن يحرر سندا يذكر فيه أن يلتزم بأن يدفع مبلغا لمن يكون حاملا لهذا السند ، كما نجده مكتوبا على أوراق البنكنوت . والظاهر أن الحامل على هذا هو تسهيل التعامل بين الناس ولاسيما فى الأعمال التجارية . فهل يقال أن كاتب هذا السند قد التزم بإرادته المنفردة دفع هذا المبلغ واذا يكون مصدر الالتزام هو إرادة المدين ؟ ربما يعترض على هذا بأنه التزام مجرد عن السبب والعرض بمعنى أن ثبوت بطلان الالتزام بدفع المبلغ لأى وجه من وجوه البطلان لايؤثر فى التزام من صدر عنه السند قبل الحامل . وعلى هذا لايصح اسناده إلى الارادة المفردة أيضا لأن الالتزام الارادى يرمى دائما الى غرض ، ويجب فى هذا الغرض أن يكون دائما صحيحا مشروعا . وبهذا يكون التزام مصدر السند ليست علته ارادته بل ارادة الشارع أن تقع عليه المسؤولية حتى بعد خروجه من الأهلية ، وبعد موته . والظاهر أن الباعث للشارع على هذا هو تسهيل التعامل كما أسلفنا (١) .

ولا أحسب أن فقهاءنا قد تكلموا فى شىء كهذا ، بل قد يقرب من هذا مسألة السفتجة إذا كتب المدين لحاملها إلى مدينه هو فى البلد الذى يريد حامل السفتجة أن يسافر اليه : ادفعوا إلى حامل هذا مبلغ كذا . ومع ذلك فتسهيل المعاملات لامانع منه شرعا متى كان بعيدا عن الربا المحرم .

---

(١) انظر موجز الالتزامات للاستاذ السنهورى بك ص ٥٥ وأصول الالتزامات للاستاذ بهجت بدوى ص ١٢٠

(د) الاشتراط لمصلحة الغير . هو عقد يكون بين طرفين . يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث (أو أشخاص) لم يكن (أو لم يكونوا) طرفا فى العقد . وهذا هو المنتفع . ومثاله : صاحب مصنع يتعاقد مع شركة تأمين لمصلحة عماله الذين لم يكونوا طرفا فى هذا العقد ، فيتفق مع الشركة على أن تدفع تعويضا معينا لكل عامل يصاب أثناء العمل فى مقابل أقساط يدفعها صاحب المصنع (أصول الالتزامات)

وظاهر من هذا العقد أنه ملزم لطرفين فهو ليس تطبيقا لنظرية الارادة المنفردة غاية الأمر أن أحد الطرفين – وهو شركة التأمين – قد التزم بايصال النفع إلى طرف لم يتعاقد معه ، والطرف الثاني – وهو صاحب المصنع قد التزم لمن تعاقد معه أن يدفع اليه أقساطا شهرية لأجل هذا . وهذا استثناء من قصور حكم العقد على طرفيه على ماسيأتى .

وقد وجدت فى مذهب مالك أن الزوج لو تطوع بمؤونة ابن زوجته من غيره واجراء النفقة عليه من ماله طول مدة الزوجية بينهما لزمه ذلك لأنه من عمل المعروف . لكن لو اشترط عليها حط شىء من مهرها فى مقابلة ذلك فلا يصح . والمسألة مبحوثة هناك بحثا تاماً . ووجدت فيه أيضا : اتفق المضارب ورب المال على أن يكون الربح لغيرهما جاز ذلك وكان هذا هبة منهما جميعا لمن شرطا الربح له وهو جائز لأنه من عمل المعروف . ويلاحظ أن الموهوب هنا مجهول ولكن

ذلك لايضر فى مذهب مالك لأن الغرر لايضر فى التبرعات ، على ماسنبينه فى موضعه .

هـ ـ تعاقد الانسان مع نفسه أى تولى الشخص الواحد طرفى العقد بطريق الاصالة عن نفسه وطريق النيابة عن غيره ، أو بطريق النيابة عن طرفين ربما يوهم هذا أن العقد انعقد بارادة واحدة .والحقيقة أن الارادة وان كانت واحدة بالذات هى متعددة بالاعتبار.على ماسنبينه بيانا وافيا فيما يأتى . فليس هذا من باب الالتزام بالارادة المنفردة .

وبعد فنحن لسنا فى حاجة بأن نزج بأنفسنا فى هذا المأزق الحرج لأن العقد عندنا ليس قاصراً على مايكون بتوافق ارادتين كما هو الحال عند فقهاء القانون الوضعى بل يكون بذلك وبما يكون بارادة واحدة حقيقية منفردة على ماقدمنا وعلى ماسترى .

أركان العقـــد (١)

العقد الذى يكفى لوجوده وتحققه ارادة واحدة ركنه الايجاب

---

(١) ركن الشىء هو مايقوم به ذلك الشىء أى يكون قوامه به وبذا يكون داخلا فى بناء الشىء . وقد يكون قوام الشىء ركنا واحدا كاناء مصنوع كله من مادة البلور وثوب مصنوع كله من الحرير . ونظير هذا من المعنويات العقد ذو الماهية البسيطة . وقد يكون قوامه من أكثر من ركن واحد كاناء مركب من الذهب والفضة ، وثوب منسوج من الصوف والقطن . ونظير هذا فى المعنويات العقد ذو الماهية المركبة . وللصلاة أركان متعددة هى قوامها وهى مؤلفة منها على هيئة مخصوصة .

والشرط هو ماتوقف على وجوده وجود الشىء شرعا وهو خارج عن ماهيته

فقط . والعقد الذى يحتاج وجوده إلى توافق ارادتين متقابلتين ركنه الايجاب والقبول معا .

والعقد الذى يكفى فيه الايجاب وحده يندرج تحته الاسقاطات؛ بالاتفاق والتبرعات على قول مالك فقط من حيث لزومها فقط ؛ على ماسنرى .

ركن العقد الذى يتم بارادة واحدة

الاسـقاطات

بمجرد صدور الايجاب من أهله فى محله لا يملك الموجب الرجوع عن ايجابه؛ ثم ان كان العقد من الاسقاطات المحضة فقد تم لأن الساقط لا يعود؛ وان كان فيه معنى التمليك فنى الابراء يرتد بالرد لأن الاسقاط متوقف عليه فان رده المدين فى المجلس أو بعده ارتد ولم يسقط الدين ؛ وذلك لأنه تبين أن المدين لا يقبل منة الدائن عليه فى إبرائه من الدين ؛ وإن لم يرده لا فى المجلس ولا بعده ـ على اختلاف القولين فى ذلك فقد رضى

كالطهارة يتوقف على وجودها وجود الصلاة الشرعية وهى ليست داخلة فى الصلاة.

وماهية الشىء هى مايتعقله الانسان من القدر المشترك بين أفراد نوع واحد كالانسان بصرف النظر عن الوجود الخارجى ومشتخصات كل فرد . والأمر المتعقل من حيث أنه مقول فى جواب ماهو يسمى ماهية . فاذا قيل ما الانسان فالجواب حيوان ناطق ، والمراد بالناطق المفكر بالقوة . واذا قيل ماهو العقد فالجواب هو توافق ارادتين متقابلتين على عمل قانونى شرعى ، وقد يكون عن ارادة واحدة كالوقف (مثلا) .

بسقوطه فيسقط . وأما الوقف فان كان على غير معين كالفقراء (مثلا) فانه يتم بالايجاب وحده ولا يجوز الرجوع عنه وان كان على معين ومن بعده على غيره وهكذا مؤبدا فرده المعين فلا يؤثر الرد الا فى استحقاقه فيسقط استحقاقه وأما الوقف فهو باق إلى الأبد (١) .

التبرعات

متى صدر الايجاب فعلى قول أبي حنيفة وأصحابه ـ حاشا زفر ـ قد تحقق التبرع كالهبة (مثلا) فان التبرع يتم من جانب واحد وهو الواهب المالك وأما القبول فهو شرط لثبوت الملك للموهوب له لأن أحدا لا يملك ادخال شيء فى ملك غيره الا برضاه وليس القبول شرطا لوجود نفس التبرع فى ذاته . لكن للمتبرع أن يرجع فى تبرعه بعد الايجاب وقبل القبول حتى بعد القبول أيضا الى القبض على مابين فى مواضعه وإلا لم يكن متبرعا ؛ والفرض أنه متبرع وكذا الحكم عند جمهور الفقهاء .

وأما على مذهب مالك فانه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه بل يلزمه التبرع لكن لا يدخل فى ملك المتبرع له ولا يكون له حق فى الانتفاع به الا بعد الحيازة قبل وجود مانع بعد الايجاب وقبل الحيازة والموانع عندهم أربعة .

(١) والوصية ان كانت لغير معين كالفقراء تتم بايجاب الموصى وحده ، وان كانت لمعين فلا يتحتم فيها قبول الموصى له ولكنها ترتد برده . وقال زفر انها فى هذه الحالة أيضا تتم بالايجاب وحده قياسا على الميراث . وهو قياس مع وجود الفارق. انظر كتابنا التزام التبرعات.

والقاعدة هى (أن المعروف عند مالك وأصحابه لازم لمن التزمه مالم يوجد مانع قبل الحيازة أو ما يقوم مقام الحيازة من الطرف الآخر) وسنشرح السبب فى ذلك عند بيان قوة الوعد فيما سيأتى .

والموانع عندهم أربعة .

(الاول) الدين المحيط بمال المتبرع سواء أكان هذا الدين ثابتا وقت إيجاب التبرع أم حادثا بعده . وبطلان التبرع فى الحالة الأولى بالاتفاق ، وأما فى الحالة الثانية فبطلان التبرع إنما هو على القول المشهور فى المذهب .

وإنما كان أولى من التبرع لأن أداءه واجب بالنص والاجماع ؛ وأما التبرع فهو تفضل ، وغاية الأمر أنه يكون مندوبا إليه ؛ والواجبات الشرعية فى الرتبة الأولى فى التقديم عند التزاحم والتعارض انظر تزاحم الوصايا فى كتابنا التزام التبرعات .

(الثانى) موت المتبرع وذلك لأنه بموته ينتقل الملك إلى غيره وهو الوارث ولا يجبر الوارث على تنفيذ ما التزمه مورثه من التبرع قبل تمامه ، ولان حق الوارث فى الميراث ثابت بالاجماع بخلاف حق المتبرع له قبل الحيازة ، وهو المقصر فى تراخيه فى حقه حتى مات المتبرع

(الثالث) خروج المتبرع عن الأهلية بالجنون أو العته إذا اتصل ذلك بموته فلا يجوز للمتبرع له أن يحوز ماتبرع له به حال جنون الواهب أو عتهه ، بل يوقف الامر فان أفاق افاقة بينة كان له فى هذه الحالة أن يحوز ماتبرع له به ؛ وتكون حيازته صحيحة وإلا فلا .

(الرابع) أن يمرض المتبرع بعد ايجابه مرض موت فلا يجوز

للمتبرع له حيازة المتبرع به وقت ذلك المرض . فاذا شفى المريض شفاء بينا من مرضه كان له حيازة ما تبرع له به

ويقوم مقام الحيازة

أولا أن يجد المتبرع له فى طلب المتبرع به ليحوزه بنفسه. والمتبرع عاطله ويسوفه حتى يموت المتبرع فلا يبطل تبرعه بموته تنزيلا لجد المتبرع له منزلة الحوز بنفسه ، فكأنه حازه فعلا . ومن صور ذلك أن يرفع دعوى على المتبرع يطالب بالمتبرع به ثم يموت المتبرع أثناء المرافعة .

ثانيا

أن يتصرف المتبرع له فى العين المتبرع بها كالهبة ، قبل أن يحوزها وقبل قيام أحد الموانع بما يخرج المتبرع به من ملكه كالاعتاق والبيع فان ذلك التصرف يقوم مقام حوزه وان لم يشهد عليه

ثالثا

اذا قبض المتبرع له الشىء المتبرع به قبل القبول ليتروى هل الأحسن له القبول أو الرد حتى مات المتبرع فقبل المتبرع به بعد موته صح ذلك .

تنبيه — ما أسلفناه هذا عام فى جميع التبرعات من هبة وصدقة ووقف وغيرها حاشا الوصية فانه للموصى أن يرجع فى وصيته قبل موته الا اذا اشترط عدم الرجوع فان يلزم بشرطه على أحد القولين فى مذهب مالك . وقبول الوصية بعد موت الموصى . وترى تفصيل ذلك فى كتابنا التزام التبرعات وكتابنا الأخير فى الوصية .



(تتمه) موت المرهوب له لايبطل الهبة بل وارثه يقوم مقامه ولو كان الموهوب له قد مات قبل علمه بالهبة . هذا وانظر كتابنا التزام للتبرعات .

والمقصود هنا - هو أن لنا عقودا يكفى لوجودها شرعا ارادة واحدة وحكمها من حيث لزوم الايجاب وعدم جواز الرجوع فيه قد بيناه آنفا . وقد جمعت أحكامهـــا المتعلقة بذلك فى موضع واحد لتخلص منها .

ركن العقد

الذى يتوقف على توافق ارادتين متقابلتين

لا بد فى هذا العقد من الايجاب والقبول معا ولا يجوز الرجوع عن الايجاب قبل القبول للمعنى الذى قلناه فى صفحة (٥٤)

الايجاب والقبول

من معاني الايجاب فى اللغة الالزام والاثبات . ومن معانى القبول التصديق والموافقة . والمراد بالايجاب هنا ما يصدر من أحد العاقدين أولا ، سمي ايجابا لاثباته ما يريده الموجب . والقبول هو مايصدر من العاقد الآخر بعد الايجاب من الأول مصدقا وموافقا له . فلو قال شخص لآخر بعت لك دارى الفلانية بألف جنيه مصرى ، فقال الآخر اشتريتها منك لنفسى بهذا الثمن الذى ذكرته كان قول الأول « بعت » ايجابا وقول الثانى « اشتريت » قبولا . ولو أن المشترى قال أولا اشتريت وقال البائع بعد ذلك بعت كان قوله اشتريت ايجابا وقول

الآخر بعث قبولا . وهكذا فى سائر العقود وفى الحقيقة كل من الايجاب والقبول اثبات غير ان الإثبات الثانى سمى قبولا تمييزاً له عن الاثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول .

ربط القبول بالايجاب

ولا بد من ربط القبول بالايجاب ليتحقق معنى العقد . والربط فى الماديات كربط طرف حبل بطرف حبل اخر مما يتحقق وجوده ويرى بحاسة البصر ، أما فى المعنويات كربط القبول بالايجاب فلا . وذلك لأن الايجاب كلام ينطق به العاقد الأول ، والقبول كلام ينطق به العاقد الثانى بعد أن ينتهى كلام الأول . وقد قالوا ان الألفاظ أعراض سيالة تنقضى بمجرد النطق بها فاذا جاء الكلام الثانى لايجد شيئا يرتبط به كما هو الشأن فى الماديات على ما مثلنا انفا ولكن للضرورة اعتبر فيها الايجاب قائما وقت النطق بالقبول ولذا وجب أن يكون عقب النطق بالايجاب فورا . قالوا وهذا هو القياس وبه قال الشافعى . ولكن أبا حنيفة وأصحابه وجدوا أن هذا قد يكون فيه عسر بالقابل ولذا استحسنوا أن يجوز القبول مع التراخى لكى يتمكن القابل من التفكير والتروى وقيدوا هذا بالمجلس — أى فى العقود التى يشترط فيها اتحاد مجلس الايجاب والقبول وهاك جملة القول فيه

مجلس العقد

مجلس العقد هو مكان اجتماع العاقدين . وبعض العقود يشترط لوجوده شرعا اتحاد مجلس الايجاب والقبول ومن ذلك عقود المعاوضات

بالاتفاق ؛ وسائر عقود التمليكات على الخلاف فى ذلك كالهبة على مذهب مالك فانه لايشترط فيها اتحاد المجلس . والوصية يستحيل فيها اتحاد مجلس الايجاب والقبول لان القبول لايكون إلا بعد وفاة الموصى ، بل يكفي القبول فيها بسكوت الموصى له بعدم رده . والاطلاقات كالوكالة لايشترط فيها اتحاد المجلس أيضا وللوكيل أن يباشر ما وكل به ويعتبر هذا قبولا منه دلالة . وكذلك العقود التى يكون فيها أحد الركنين يمينا والثانى معاوضة كالخلع فان كان الايجاب من الزوج صح قبول الزوجة فى مجلس اخر . وذلك لان الايجاب هنا بمعنى اليمين . أما اذا كان الايجاب من الزوجة فلا بد من أن يكون القبول فى المجلس لان العقد فى هذه الحالة بمعنى المعاوضة

والمجلس قد يكون مكانا منفردا وقد يكون متحركا كالسفينة والدابة . فلو تعاقدا البيع (مثلا) وهما فى بيت من دار أو فى سفينة وهى تجرى صح العقد ولا ينقطع المجلس بجريان السفينة ولو عقداه وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة فى محل واحد فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد البيع وان كان بينهما فصل وسكوت — وان قل — لاينعقد لان المجلس تبدل بالمشى والسير وان قل . وقيل يجوز فى الماشيين أيضا مالم يتفرقا بابدانهما . والاول هو ظاهر الرواية

ولما كان ربط القبول بالايجاب واجبا على ما أسلفنا لزم لذلك اتحاد المجلس . وفى ذلك رعاية مصلحة الطرفين . أما الموجب فلكى يتبين ارادة القابل قبل أن يفترقا حتى يكون على بينة من الامر .

ولا يبقى تحت رحمة الطرف الآخر . وأما القابل فلكى يطمئن على أن الموجب لم يعدل عن ايجابه . لذا وجب ألا يتفرقا حتى يكون كل منهما على بينة من أمره . وانظر ما تقدم فى صفحة (٥٤)

موافقة القبول للايجاب

ولا بد لتحقق العقد شرعا من توارد الايجاب والقبول على محل واحد وإلا فلا وجود للعقد شرعا . فاذا قال شخص لآخر أجرتك دارى التى بالزمالك ، فقال الآخر قبلت استئجار دارك التى بالجيزة فلا عقد بينهما لعدم توارد الارادتين على محل واحد . وكذلك لا انعقاد فيما لو قال رجل لآخر زوجتك ابنتى فاطمة فقال الآخر قبلت زواج ابنتك عائشة .

غير أن مخالفة القبول للايجاب إذا كانت الى خير مع اتحاد المحل فلا يمنع ذلك تحقق العقد شرعا . وذلك لوجود الموافقة ضمنا . ومن أمثلة ذلك ما إذا قال البائع للمشترى بعتك هذه الفرس بمائة جنيه مصرى فقال المشترى اشتريتها منك بمائة وعشرين ، فان البيع ينعقد بينهما بمائة . وأما العشرون التى زادها المشترى فلو قبلها البائع فى المجلس لزمت المشترى أيضا . وكذا لو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذه الدار بألف فقال البائع بعتها منك بتسعمائة انعقد البيع بينهما بما قاله البائع ويعتبر أن البائع أبرأ المشترى من مائة . والابراء اسقاط يتم بالايجاب وحده فلا يتوقف على القبول ، وان كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ، على ما أسلفنا . ومن أمثلته أيضا ما لو قال الخاطب لمخطوبته تزوجتك بألفين فقالت قبلت زواجك بألف انعقد الزواج

الزواج بينهما بألف على اعتبار أنها قبلت بألفين وحطت عنه الفا — والحط أسقاط — وكذا لو قالت له تزوجتك بألف فقال قبلت بألفين انعقد الزواج بألف وأما الألف الأخرى التى زادهافلاتلزمه إلا إذا قبلتها بالمجلس

وانظر أحوال مخالفة الوكيل للموكل فى كتابنا — التصرف بطريق النيابة عن الغير — فهناك تجد أصل هذا الموضوع وتفرعاته وكل ما يتعلق به (١)

---

(١) ومما ينبغى ذكره هنا ما يتعلق بتفريق الصفقة فى عقد البيع ونحوه : وهاك جملة القول فى ذلك . اذا كان الموجب واحدا سوا. أكان بائعا أم مشتريا وكان المخاطب متعددا فلا يجوز تفريق الصفقة بقبول بعضهم دون بعض ، لما فى ذلك من الاضرار بالموجب . فلو قال زيد لكل من بكر وخالد ورجب بعتكم دارى الفلانية بكذا فقبل واحد منهم أو اثنان فقط فلا يجوز البيع إلا إذا أجازه زيد البائع .. وكذا لو قال خالد لزيد وبكر وعمر الشركاء فى ملك دار لهم اشتريت منكم تلك الدار بكذا فقبل بعضهم دون بعض لايجوز البيع أيضا إلا إذا رضى به المشترى بعد ذلك ، دفعا لضرر تفريق الصفقة عنه ، ولأنه ربما لايرضى بشريك له فى هذه الدار . وإذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول فى حصة واحد دون الآخرين للسبب المتقدم . وإذا اتحد كلاهما لم يجز القبول فى بعض المبيع دون بعض إلا إذا أجازه من يضره تفريق الصفقة من بائع أو مشتر بشرط أن يكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كأن يكون عينا واحدة قيمية أو من المثليات كالمكيل من بر وشعير ونحوهما ، وحينئذ يكون القبول إيجابا ، والرضا قبولا ويبطل الايجاب الاول . مثاله أن يقول المشترى قبلت شراء نصف الدار بنصف الثمن المسمى أوقبلت



مايعبر به عن الايجاب والقبول

من المعلوم ان كل شيء يريده الأنسان يكون اولا فى نفسه ثم يعبر عنه بما يدل عليه ليعرف المخاطب مراده ، كما قيل

ان الكلام لفى الفؤاد وانما　　جعل اللسان على الفؤاد دليلا

والذى يعبر به عن العقود كافة واحد من ثلاثة اللفظ والاشارة ، والكتابة وقد يكون العقد بغير ذلك على ماسيتبين لك مما يأتي

شراء أردب من أردبين بنصف الثمن المعروض على . أما اذا كان المبيع متعددا ولا يمكن انقسام الثمن عليه إلا بالقيمة لتفاوت قيم وحداته كدار وبستان ، أو فرس وبقرة وجمل فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضى الموجب إلا إذا فصل الثمن وكرر لفظ الايجاب كأن يقول بعتك هذه الدار وهذا البستان ، بعتك الدار بكذا وبعتك البستان بكذا أما إذا لم يفعل ذلك فالصحيح أن البيع لا يصح ولهذا الموضوع بقية فلتراجع فى الدر ورد المحتار وغيرهما .

ومعنى الصفقة ضرب اليد على اليد . وقد كان من عادة العرب قبل الاسلام أن يضرب المشترى بيده على يد البائع إذا كان قد رضى بالبيع ، ثم سمى عقد البيع صفقة . ويقال صفقة خاسرة وصفقة رابحة كما يقال ربحت صفقة فلان ، والمراد بتفريق الصفقة فى اصطلاح الفقهاء تجزئة المعقود عليه بالرضا ببعض دون بعض مخالفا فى ذلك القبول للايجاب .

اللفظ

هو الأصل فى التعبير عن الايجاب والقبول ، بل هو الأصل فى تعبير كل انسان عما فى نفسه فى كل شىء ، وعلى هـذا يصح العقد بالقول سواء أكان باللغة العربية الصحيحة أم باللغـة العامية أم بلغة غير عربية مادام الكلام مفهوما للسامع يؤدى الغرض المطلوب. والعبارات المستعملة فى العقود ايجابا وقبـولا لا يمكن حصرها ، بل يرجع فى ذلك الى العرف والعادة ، والسبب فى هذا ان ما يعبر به ليس من الامور التعبدية بل هو من الامور التى مرجعها الى عادات الناس وعرفهم لانها من شؤون دنياهم ومتعلقة بحياتهم

الاشارة

يصح الايجاب والقبول فى جميع العقود بالاشـارة المعروفة من الاخرس للضرورة لئـلا تتعطل معاملاته ويسلخ من انسانيته وهنا بحثان

(الاول) اذا كان الاخرس غـير عارف بالـكتابة صحت كل عقوده باشارته المعهودة التى تبين عن غرضه ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء ، أما اذا كان عارفا بالـكتابة التى يستطيع بها الابانة عن غرضه فهل تصح عقوده بالاشارة فى هذه الحالة أو لا تصح الا بالكتابة ؟ المعتمد أنها تصح بكل منهما وهو رواية الجامع الصغير ، وعليها جاءت المادة العاشرة من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ، لاطلاق

النص فيها ، ووجه هذا القول ان الاشارة من الاخرس مع تحريك شفتيه وتصويته بما يبين عن مقصوده أقرب الى اللفظ وأمس به من الكتابة فيجوز اداء الغرض بها ، ولا ينبغى اهمالها كما لا ينبغى اهمال اللفظ مع القدرة على الكتابة ، واختار بعض المحققين من الفقهاء فى المذهبين الحنفى والشافعى ان مع قدرة الاخرس على الكتابة لا تصح عقوده ولا اقراراته الا بها ، لأنها أضبط وأبعد عن الاحتمال . وهذه هى رواية الاصل ، ولاشك أن القول الثانى أوجه من القول الاول الذى اعتمدوه لان وجهه أقوى ، ولذا اخذت به لائحة المحاكم الشرعية المصرية فى اقرار الاخرس اذ جاء فيها مانصه « اقرار الأخرس يكون باشارته المعهودة ، ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » المادة (١٢٨)

(الثانى) غير الاخرس اذا كان معتقل اللسان لسبب ما يشترط لاعتبار اشارته دوام عقلته الى الموت ، وبعض الفقهاء قدر الامتداد الى سنة .

لكن الفتوى على القول الاول ، ولا يخفى مافى هذين القولين من الحرج والحرج مدفوع شرعا ، والاولى عندى هو تصحيح تصرفاته باشارته ، بل بايمائه مع قيام اهليته اذا لم يكن قادرا على الكتابة للضرورة مع اخذ الاحتياط لذلك بكل مافى الوسع فلا تتعطل اعماله ومعاملاته ولا يلحق به الغبن والضرر فى أى تصرف من تصرفاته .

وأما القادر على النطق فلا تعتبر اشارته مطلقا لكنهم استثنوا

من ذلك اقراره بالنسب باشارته ، وذلك لأن النسب يحتاط فى اثباته حفظا للولد من الضياع

قال فى جامع الفصولين : صبى بيد رجل فقيل له أهـذا ابنك فأومأ برأسه أى نعم ، يثبت نسبه منه اه

(تنبيه) على أحد القولين فى مذهب مالك تصح الحوالة بالاشارة ولو من الناطق ولينظر وجهه

الكتابة

كذلك يصح العقد بالكتابة ، وصورة ذلك ان يكتب شخص الى آخر انى بعت منك أرضى الفلانية منك بكذا فاذا وصل الكتاب وعلم مافيه وقال فى مجلس وصول الكتاب اليه قبلت ـ وكان قبوله موافقا لايجاب الموجب تماما – انعقد البيع بينهما ، ويكون كأن الموجب حضر بنفسه وخاطب المكتوب اليه بالايجاب وقبل منه الآخر فى المجلس ولو رجع الموجب عن ايجابه قبل ان يصل كتابه الى المكتوب إليه صح رجوعه ، وكذا لو وصل اليه الكتاب ورجع قبل أن يقبل ، وبالجملة فالرجوع صحيح قبل قبول الاخر مطلقا ، أما رجوعه بعد قبول المكتوب إليه فلا يصح لأنه جاء بعد تمام العقد وخروج الامر من يده ـ والمسألة مسألة اثبات وقائع

ولو قبل عن الغائب شخص حاضر مجلس الايجاب صح القبول موقوفا على اجازة الغائب فان اجازه لزم والا فلا ، وهذا حل آخر لمسألة العقدين حاضر وغائب وسيأتى هذا فى الكلام فى الفضالة

وكذلك الزواج ـ انظر كتابنا الأموال الشخصية ـ ومثله سائر

العقود .

الرسالة

الرسالة هى نقل كلام الموجب بواسطة الرسول كما ينقل كلامه بواسطة الكتاب

فالرسول انما هو ناقل ـ فقط لكلام المرسل ـ وليس وكيلا عنه ـ انظر الفرق بين الرسالة والوكالة

وصورة الرسالة أن يرسل الشخص رسولا إلى شخص آخر غائب عن المجلس يقول له : ان فلانا باع منك داره الفلانية بمبلغ كذا وانه أرسلنى اليك لابلغك ذلك

فاذا ذهب اليه الرسول وبلغه الرسالة وقبل المشترى فى المجلس انعقد العقد بين المرسل والمرسل اليه بعبارتهما أنفسهما ، عبارة الموجب المنقولة على لسان الرسول ، وعبارة القابل . والشأن فى ذلك كالشأن فى الكتابة . والفرق بينهما ان المنقول بالكتاب كلام مكتوب ، والمنقول بالرسالة كلام ملفوظ والغاية فى كل منهما واحدة

(تتمة) لو قال شخص بعت دارى الفلانية من فلان الغائب بكذا ، وأمر شخصاً بتبليغه ذلك فتطوع بالتبليغ شخص آخر غير المأمور فقبل الغائب البيع صح ذلك

وهذا بخلاف ما لو علم الغائب بايجاب البيع بدون أن يأمر الموجب أحداً بالتبليغ أصلا . والفرق بينهما انه فى صورة الأمر بالتبليغ قد أظهر الموجب من نفسه الرضا بالبيع . فكل من بلغ الغائب ذلك كان التبليغ برضا الموجب ، فان قبل الغائب صح البيع

أما إذا لم يأمر أحداً بالتبليغ فلم يظهر رضاه به فلم يصح ، حتى إذا قبل الغائب فلا عقد بينهما.

هذا ـ وقد يعرف كل من الايجاب والقبول بطرق أخرى غير ما تقدم ومن ذلك :

المعاطاة

هى المناولة باليد ، والتعاطى هو التناول . يجوز أن يكون التعاقد من الطرفين بالفعل بدون كلام ولا اشارة ولا كتابة ويجوز أن يكون هذا من طرف واحد ما دام الفعل دالا على الرضا بشهادة العرف والعادة وقرائن الأحوال . ومن هذا التهادى بين الناس ولاسيما المأكولات ، وكذا فى اعطاء الصدقات وتناولها وفيما يخلعه الملوك والسلاطين من الخلع والأوسمة على ما جرت به العادات وفى اعطاء المكافآت والشهادات العلمية وشهادات الشرف . وكذا فى البيع والاجارة والهبة خصوصاً فى المحقرات وهو ما كانت قيمته قليلة . وقيل يصح البيع بالمعاطاة فى الخسيس والنفيس على ما هو المعتمد فى المذهب الحنفى . وقال شيخ الاسلام ابن تيمية فى بيان القول الثانى فيما تنعقد به العقود انها تصح بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف فى مثل من بنى مسجدا وأذن للناس بالصلاة فيه أو سبل أرضاً للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الاجارة كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يغسل بالاجرة أو ركب سفينة ملاح وكالهدية ونحو ذلك .

فان هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفسدت امور

الناس ، ولأن الناس من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا قول الغالب على اصول أبي حنيفة وهو قول فى مذهب أحمد ووجه فى مذهب الشافعي ، بخلاف المعاطاة فى الأموال الجليلة فانه لا حاجة اليه ولم يجر به العرف اه

وصورة المعاطاة من جانب واحد أن يقول البائع للمشترى بعت لك هذا القدر بكذا ، فيدفع المشترى الثمن ، ويأخذ المبيع بدون أن يتكلم

ومما يتصل بذلك ما إذا قال شخص لآخر وهبت لك هذه الساعة (مثلا) وكانت الساعة حاضرة بمجلس العقد فيأخذها الموهوب له بدون أن يتكلم كان هذا جائزاً ولو بلا اذن الواهب وذلك لحصول الاذن من الواهب بالقبض دلالة . وكذا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب باذن الواهب وهو غائب عن المجلس أما إذا قبض فى هذه الحالة بغير اذن الواهب فالقبض غير صحيح . وعليه ضمانه إذا هلك . وفى هذا خلاف مالك .

وهنا أمر يجب التنبه له جداً وهو ان الهبة وغيرها من التبرعات يتم الالتزام فيها بالايجاب وحده لكن الملك للمتبرع له أو الانتفاع لا ينتقل إلا بالحيازة على ما أسلفنا فلا تنسه عن هذا

ويقاس على الهبة جميع العقود التى لا يتم حكمها الا بالقبض مثل الرهن والقرض والاعارة والوديعة فان القبض فيها يغنى عن القبول قولا لقيامه مقامه

(تتمة) إذا كان الشيء الذى هو موضوع العقد فى يد الطرف الثاني وقت العقد فان كانت يده عليه وقتئذ يد ضمان فلا حاجة إلى تجديد القبض اكتفاء بذلك القبض الحاصل وقت العقد . وان كانت يده عليه يد أمانة ، فانه ينظر ان كان القبض الواجب بالعقد قبض أمانة أيضاً فلا حاجة إلى اعادة القبض ثانياً ، وان كان القبض الواجب بالعقد قبض ضمان فلابد من اعادة القبض ثانياً.

مثال ذلك إذا كان شيء فى يد بكر قد استعاره من زيد أو استودعه زيد إياه ثم وهبه له أغنى القبض الأول عن الثانى لان كلا منهما قبض أمانة ، فهما متساويان . أما اذا باعه له فلا بد من تجديد القبض لان الاول قبض أمانة والثانى قبض ضمان فلا يقوم الاول مقام الثانى لانه قبض ضعيف والثانى قوى

أما إذا كان ذلك الشيء الذى هو مملوك لزيد فى يد بكر بطريق الغصب (مثلا) فباعه زيد لبكر أو وهبه له فان القبض الاول يغنى عن القبض الثانى لانه بالنسبة لقبض البيع مثله لان كلا منهما قبض ضمان وبالنسبة لقبض الهبة أقوى منه لان الثانى قبض أمانة ، والقاعدة انه اذا تجانس القبضان ناب الاول مناب الثانى

فلا حاجة إلى قبض جديد . وإذا اختلف القبضان قوة وضعفا ، فان كان الاول هو الاقوى ناب مناب الثانى مطلقا ، وان كان الاول هو الاضعف فلا بد من تجديد القبض (١) غير انه فى حالة اغناء القبض

---

(١) يد الأمان ويد الضمان ويد الملك

الاول عن الثاني لا بد من القبول بعد الايجاب لظهور الرضا بالعقد، ولذا لا يكتفى بالقبض وحده . فليكن هذا على ذكر منك

(السكوت)

وقد يقوم السكوت مقام القبول القولى أو الفعلى كما فى الوصية فان الموصى له إذا سكت بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات تمت الوصية ويعتبر عدم رده قبولا لان الوصية تمت من ناحية الموصى وقد مات وهو مصمم عليها فيجب تنفيذها تحقيقا لغرضه بعد موته . وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه . وقيل ينتقل حق القبول إلى ورثة الموصى له . انظر كتابينا التزام التبرعات وكتاب الوصية الأخير ، وكذلك يدل عدم الرد فى الابراء وفى الوقف

اليد التى تحت حوزتها المال اما يد ملك وفى هذه الحالة يجوز لذى اليد أن يتصرف فيه التصرف المأذون له به شرعا سواء كان الملك خالصا أم متعلقا به حق لغيره ، مع مراعاة حق غيره . واما أن تكون يد ضمان كالمغصوب والمقبوض بشراء فاسد أو على سوم الشراء أو ببيع باطل على قول ، ومنه المبيع فى يد البائع بيعا صحيحا قبل تسليمه الى المشترى ، والرهن فى يد المرتهن . وأما أن تكون يد أمانة كما فى الوديعة تحت يد المودع عنده والعارية والعين المستأجرة فى يد المستعير والمستأجر ومال الموكل فى يد الوكيل وغلة الوقف فى يد الناظر ومال اليتيم فى يد الوصى . والضمان اما أن يكون بالمثل أو القيمة أو بشىء آخر كما فى المبيع تحت يد البائع قبل تسليمه الى المشترى والرهن تحت يد المرتهن . والضمان يكون عند هلاك الشىء ولو بآفة سماوية (القضاء والقدر) وأما الأمانة فلا تضمن إلا بالتعدى أو الاهمال فى الحفظ أو الجحود .

على معين على الرضا بسكوت كل منهما عن الرد، ويعتبر عدم الرد قرينة على القبول

وقد يقارن السكوت قرينة تدل على الرضا عادة فيقوم السكوت مقام القبول.

ومن أمثلة ذلك : سكوت المنكر عند مشاورة وليها لها قبل التزويج وبعده. وسكوتها عند قبض أبيها أو جدها مهرها. وسكوتها إذا بلغت بكرا عن اختيارها نفسها. وسكوت المتصدق عليه قبول للصدقة لا الموهوب له. وسكوت الوكيل قبول ويرتد برده. . ومنه سكوت من له نقود فى مصرف عند تقديم الحساب له وكذا سكوت من له أسهم مودعة فى بنك أو غيرها من الودائع، على ماجرت به العادة، وتدل عليه القرائن، حينما يقدم اليه كشف بالبيان.

(تتمة) سكوت الواهب عن الموهوب له عند قبض الموهوب وهو بمجلس عقد الهبة ليس من هذا القبيل لان رضاه حاصل بايجابه والاذن بالقبض حاصل دلالة كما قدمنا. واننا نريد التكلم هنا فى بيان السكوت القائم مقام القبول. فلا تنس هذا. والسكوت المجرد من كل قرينة لايعول عليه. والقاعدة هى : لاينسب لساكت قول.

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة (١)

المقصود بالارادة الباطنة ماتتفق عليه النية ويعزم عليه القلب،

(١) لانظير لهذا التعبير فى الكتب الفقهية الشرعية. وانما يعبر عن الارادة

والمراد بالارادة الظاهرة مايعبر به اللسان ـ أو مايقوم مقامه ـ

ولما كان هذا الموضوع مما يدور فيه البحث فقد رأيت تبسيطه بالقدر المستطاع

وهاك بيان ذلك :

١ ـ هل ينعقد بالارادة الباطنة عقد أو لاينعقد ، قال جمهور الفقهاء ان الارادة الباطنة لاتكفى وحدها لأن تكون مصدرا للالتزامات بل لابد أن يضم اليها التعبير عنها على ماأسلفنا ، وروى أشهب عن مالك ان الطلاق يقع بالنية وحدها ، وهو مروى عن الزهرى ، وتوقف ابن سيرين فى وقوع الطلاق بها بدون تلفظ ، وقال ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئا من ماله وبتله له بقول أو نية فلا يجوز له ان يصرفه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل ، وسواء أكان المال من عنده أو جعل له تفرقته ، ومعنى بتله أى جعله له من الآن فاما فيما بينه وبين الله فان الله لاتخفى عليه خافية ، وأما فيما بينه وبين زوجته وذلك المسكين فلا يمكن ان يعلمه أحدهما الا باخباره ، وبعد فان حديث النفس معفو عنه للحديث الذى رواه ابن حزم « عفى لامتى عما حدثت به أنفسها مالم تخرجه بقول أو عمل » وحجة مالك الحديث الصحيح المتفق عليه « انما الاعمال بالنيات » ولكن بالتأمل فى هذا الحديث يرى انه لايصلح حجة له لأنه لم يفرد فيه النية عن العمل ، فبقى وقوع الطلاق بالنية وحدها لادليل عليه

الباطنية بالنية وعن الارادة الظاهرة باللفظ وما قام مقامه . والمراد بالارادة الظاهرة مايدل عليه التعبير من المعنى

٢ ـ ان ينطق اللسان بما يعبر به من عقد من العقود كطلقت زوجتى فلانه ، أو بعت دارى الفلانية لفلان ، وفى هذه الحالة اما أن يكون اللفظ جرى على لسانه بدون قصد منه للنطق بهذا اللفظ بل كان يريد ان ينطق بغيره فجرى هذا اللفظ على لسانه خطأ ، واما أن يكون قد قصد النطق باللفظ لكنه لم يرد معناه ولاأى معنى آخر لاحقيقة ولا مجازا ، واما ان يكون قصد اللفظ وقصد معناه المتبادر منه عند سماعه ، أو قصد معنى آخر للفظ يحتمله من جهة الوضع اللغوى أو المجاز

الحالة الاولى

حالة عدم قصد اللفظ والمعنى جميعا وهى حالة الخطأ ، والخطأ هو وقوع الشىء على غير ارادة من وقع منه فاذا أراد رجل ان يقول لامرأته انت عالمة (مثلا) فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالقة ، فقد اختلف الفقهاء فى هذا فذهب ابو حنيفة واصحابه الى وقوع الطلاق عليه قضاء بناء على الظاهر لأنه قد باشر السبب فهو مختار فى اللفظ ظاهرا ، واما من جهة الديانة فلا يقع الطلاق لعدم النية وقال ابن حزم ان قامت عليه بينة قضى عليه بالطلاق ، وان لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق برهان ذلك قول الله عز وجل « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم » وقول رسول الله ﷺ « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء مانوى » فصح الا عمل الا بالنية ، ولا نية الا بعمل ، واما اذا قامت بذلك بينة فانه حق قد ثبت ، وهو فى قوله لم أنو مدع بطلان ذلك الحق الثابت

فدعواه باطل اه يريد بحسب الظاهر لأن لكل مطلق أن يدعى أن الطلاق جرى على لسانه بدون قصد منه فلا يقع طلاق أصلا ، لكن اذا وجدت قرينة تدل على عدم قصده الطلاق و كان الأمر فى ذلك جليا جدا فان الطلاق ينبغى ألا يقع لعدم مقارنة القول النية اذ لا نية للطلاق أصلا ، جاء فى المحلى وفتح القدير وحكاه ابن تيمية وابن القيم أن امرأة قالت لزوجها سمنى فسماها الطيبة ، قالت ماقلت شيئا قال فهات ماأسميك به قالت سمنى خلية طالق ، قال فانت خلية طالق ، فأتت عمر ابن الخطاب فقالت ان زوجى طلقنى ، فجاء زوجها فقص عليه القصة فاوجع عمر رأسها وقال لزوجها خذ بيدها وأرجع رأسها اه

أقول قارن هذا بما جاء فى كتب المذهب الحنفى من ان الطلاق يقع من الزوج ولو كان غيرها غير عالم بمعناه ، ومثلوا لذلك بما لو قالت امرأة لزوجها اقرأ على انت طالق ثلاثا ، ففعل وهو لا يعلم معناها وقع عليه الطلاق قضاء (١)

---

(١) نقل فى الفتح عن الخلاصة لو لقنت المرأة ــ زوجت نفسى من فلان ، بالعربية ــ ولم تعرف معناها بحضرة الشهود وهو يعلم معناها أو لا يعلم صح النكاح كالطلاق ، وقيل لا كالبيع ا ه فيؤخذ من هذا ومن مسألة الطلاق فى قولها اقرأ على أنت طالق الخ . أنه لا عبرة للنية ولا لفهم معنى اللفظ الذى يقال . والقائل بذلك اعتمد على مسألة الهازل وهو قياس مع الفارق لان الهازل قاصد اللفظ عالم بمعناه لكنه يريد ألا يترتب عليه الحكم (انظر الحالة الثانية) فاين هذا ممن يخدع فيلقن لفظا لا يعرف له معنى وكذلك الشهود ، فأى شىء هذا ؟ كذلك قياس المكره على الهازل هو أيضا قياس مع الفارق لأن الهازل لاقصد له أصلا إلى أى معنى أو

وأقول: ان النقل قد اختلف فى هذا ، على ماهو مبين فى فتح القدير . ولله در صاحب الفتح اذ يقول مانصه : والحاصل انه اذا قصد

السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أم لم يرده ـ الا ان أراد ما يحتمله ، وأما انه اذا لم يقصده أو لم يدر ماهو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع . . وقد قال الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم » وفسر بامرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه ـ فألغاؤه لغلطه فى ظن المحلوف عليه ، والآخر أن يجرى على لسانه بلا قصد الى اليمين ، كلا والله ، بلى والله ، فرفع حكمه الدنيوى فى الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لعباده الا يرتبوا الاحكام على الاسباب التى لم تقصد . وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث انه لاقصد له الى اللفظ ولا حكمه ، وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضى اه

ونقل ابن حزم عن مالك قال . اذا قال الرجل لامرأته انت طالق البتة وهو يريد ان يحلف على شىء ثم بدأ له فترك اليمين فليست طالقا لانه لم يرد ان يطلقها ، وهو قول الليث بن سعد ، اقول ومثله فى أعلام الموقعين وهنا العبرة بالاداة الباطنة ، ثم نقل عن الشافعى

عرض غير اللعب والمزاح ، وأما المكره فقصده دفع الأذى عنه . كذلك رواية نصير وقوع طلاق المخطىء قضاء وديانه قال صاحب الفتح أن لا يعول عليها . وأنكرها ابن حزم وشنع على أبى حنيفة فى هذا .

وأقول : كيف يستقيم القول بوقوع الطلاق وبأنه مع قوله تعالى « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم »

ماغلب المرء على لسانه بغير اختيار منه لذلك فهو كلا قول لايلزمه طلاق ولا غيره اهـ .

والحاصل أنه من جهة الديانة لايعول على شيء مما ينطق به اللسان مخالفا للنية وأما من جهة القضاء فالظاهر التعويل على ماينطق به اللسان ولو خطأ مالم تقم قرينة قوية جدا على أن الانسان لم يرده إذ لايعلم معناه على ماأسلفنا . وصعوبة الأمر فى هذه المسألة آتية من جهة أن القاضى لايستطيع أن يطلع على الباطن . اللهم إلا إذا ساعدته على ذلك قرينة جلية جدا فينبغى له الاعتماد عليها . وإذا كان الخطأ قدجرى على لسان أحد المتعاقدين كما لو قال شخص لآخر بعت لك دارى الفلانية بكذا فقال الآخر قبلت ، فقال الأول أنا أخطأت لأنى أردت أن أقول أجرت لك فسبق لسانى بكلمة بعت لك . فالحكم أنه إذا صدق الطرف الثاني على ذلك انعقد البيع بينهما فاسدا لفقدان الرضا من الموجب وإذا لم يصدقه فى أنه أخطأ كان حكم ايجابه كحكم ايجاب القاصد لأنه لايمكن اثبات الخطأ فى هذه الحالة ببينة ولا تقبل دعوى البائع فيه مجردة لأن كل انسان يمكنه أن يدعى ذلك ، فلا يستقر الحال ، فلم يبق إلا تصديق الطرف الآخر .

وأقول انه لامانع من أن يحاول القاضى تعرف الحقيقة من ظروف الحادثة وقرائن الأحوال لعله يصل إلى ماتطمئن اليه النفس فى ذلك .



الحالة الثانية

أن يقصد النطق باللفظ غير مريد له معنى أصلا . وهذا هو المسمى فى الاصطلاح بالهزل . والهزل فى اللغة ضد الجد . والمراد به هنا أن ينطق الانسان باللفظ راضيا مختارا لكنه لا يريد معناه الحقيقى ولا المجازى ؛ بل يصدر عنه الكلام لعبا محضا لا يقصد به أى معنى. وهذا بخلاف الخطأ فان المخطىء لا يريد أن ينطق باللفظ الذى أخطأ به . بل اللفظ جرى على لسانه بدون رضا واختيار منه ، على ما أسلفنا. وبخلاف الأكراه فان المكره ينطق باللفظ تحت تأثير الاكراه دفعا للضرر عنه فله فى النطق به اختيار فاسد لم يصدر عن ارادة صحيحة على ما سيأتى . والحاصل أن الهازل يتكلم بالايجاب (مثلا) مختارا راضيا لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه .

فالهازل ليس له نية (أى ليس له ارادة باطنة) أصلا فما جرى على لسانه هو عمل بلا نية ، والأعمال بالنيات . وانما اختيار النطق باللفظ الدال على طلاق أو بيع بحسب وضعه الشرعى يدل ظاهراً على أن له ارادة . ولا يقال فى هذه الحالة بموافقة الارادة الظاهرة للارادة الباطنة أو بمخالفتها لها لأنه ليس له فى الواقع إلا إرادة واحدة بحسب الظاهر .

والأمر الذى اتفق عليه الفقهاء والاصوليون إن الانسان متى باشر السبب أى سبب العقد طائعا مختارا رتب عليه الشارع حكمه — متى صدر من أهله فى محله — فللعبد مباشرة الاسباب فقط ، والرب هو الذى يرتب عليها مسبباتها فالبائع ينطق بلفظ البيع والشارع هو

الذى يرتب على ذلك نقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والعبد ينطق بلفظ الطلاق والشارع هو الذى يرتب عليه الفرقة ،وهكذا . فسواء أراد الانسان ترتيب المسبب على السبب أم لم يرده فالمسبب مرتب شرعا على سببه شاء العاقد ذلك أم أبى بعد مباشرته السبب بلفظ صريح طائعا مختاراً على ماييناه آنفا .

لكن لو تبين أن العاقد لم يرد ترتيب المسبب على السبب وقام الدليل على قصده هذا لايعتبر ماصدر منه فى حالة الهزل بل يعتبر قصده الحقيقى إلا فى ثلاثة أشياء الزواج والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة لحديث ورد فى هذا سنتكلم عليه بعد . ولذا قسم علماء الاصول انشاءات الهازل إلى قسمين . قسم يؤثر فيه الهزل فيفسده ، وقسم لايؤثر فيه الهزل فيصح معه . وهاك جملة القول فى ذلك .

القسم الأول : وهو مايؤثر فيه الهزل فيفسده

كل مايدخله خيار الشرط ويقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب يفسده الهزل وذلك كالبيع وما الحق به بطريق القياس عليه — على ماسيأتى فى موضعه .

قالوا أن الهزل وخيار الشرط بينهما وضع جامع وهو أن كلا منهما يراد فيه السبب ولا يراد الحكم فى الحال ، لكن فى الهزل لا يراد الحكم لا فى الحال ولا فى المآل ، كما تقدم ، وفى خيار الشرط قد يراد الحكم فى المآل باجازة من له الخيار ، وقد لا يكون للاجازة . وقت معين كخيار الشرط على التأبيد ، على ماسيأتى . فناسب أن يكون بيع الهازل نحوه نظير البيع الذى اشترط فيه الخيار على التأبيد .قال فى شرح أصول

فخر الاسلام لما كان أثر الهزل أن ينافى اختيار الحكم والرضا به وجب تخريج أحكام التصرفات مع الهزل على هذا الحد . أى على انقسامها فى حكم الرضا والاختيار. فكل حكم يتعلق بالسبب ولا يتوقف ثبوته على الرضا والاختيار يثبت مع الهزل كالزواج وأخواته وكل حكم يتوقف على الرضا والاختيار كالبيع واخواته لا يثبت مع الهزل

وعلى هذا يجوز اثبات المواضعة بين العاقدين على الهزل بشهادة الشهود أو بالكتابة واذا ثبت ذلك بطل العقد الحاصل بطريق الهزل على ماهو مبين فى موضعه . وهذا لفقدان الرضا بذلك العقد الظاهر أمام الناس ، وأنه عقد متواطأ عليه لغرض ما. وبالجملة فهذا القسم يدور فساده وصحته على محور الرضا به فاذا انتفى الرضا بالعقد الظاهر لثبوت المواضعة السابقة عليه ، عمل بالمواضعه وابطل العقد الظاهر ، لان الهزل فيه أصبح دعوى بلا دليل فوجب العمل بالظاهر وان لم تثبت المواضعة عمل بالعقد الظاهر

القسم الثانى : مالا يؤثر فيه الهزل ولا يبطله . وهو الزواج والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة . ومثله فى ذلك مالا يدخله خيار الشرط ولا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالنذر والصلح عن دم العمد . وهاك بيان ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يصح مع الهزل كل من الزواج والطلاق والرجعة ، أو العتق . فلا يشترط فى شىء منها الرضا بالحكم متى نطق الانسان بالسبب من زواج وطلاق الخ .

واستدلوا على ذلك بحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » (١) .

وعلى هذا فلا يوجد إلا إرادة واحدة وأنه يكتفى بها عند التلفظ بمايدل على عقد الزواج أو الطلاق أو الرجعة ، أو العتق على الرواية الأخرى . وأما الارادة الباطنة أى نية القلب فهذه لا وجود لها أصلا فى حالة الهزل واللعب ، لأن هذا هو المفروض فى المسألة ، وفى هذا

---

(١) وهذا الحديث مروى عن أبى هريرة . قالوا وفى اسناده عبدالرحمن بن حبيب ابن أزدك وهو مختلف فيه وقال النسائى أنه منكر الحديث . وفيه عن فضالة بن عبد الله عند الطبرانى بلفظ « ثلاث لايجوز فيهن اللعب الطلاق والنكاح والعتق » وفى اسناده ابن لهيعة وهو لايعول عليه . وفى رواية أخرى بلفظ « ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن » وهو منقطع الاسناد . وفى رواية من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز » وفى اسناده انقطاع أيضا . اه من نيل الأوطار. وقال ابن حزم فى أثناء الكلام فى طلاق المكره : واحتجوا أيضا بآثار منها « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » وهى أخبار موضوعة وقد رويناها من طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو منكر الحديث مجهول لأن قوما قد قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب ، وقوما قالوا حبيب بن عبدالرحمن . ثم ساق أخبارا فى الموضوع وردها كلها . ومما تقدم يرى أن هذا الحديث وتلك الأخبار الأخرى لاتصلح مستندا لحكم شرعى لعدم توافر شروط السند على ما هو مبين فى كتب الأصول ، فضلا عن الاسناد إليه فى أمر خطير وهو بناء الأسرة وهدمها .

من الخطورة مافيه على ماسأبينه .

وبعد فان هذا الحديث اما أن يكون صحيح السند يصح بناء الحكم الشرعى عليه واما أن يكون غير صحيح السند فيجب أن يطرح ولا واسطة بين هذين الأمرين .

وان كان الأمر كذلك فما كان ينبغى أن تختلف الاقوال فى الصحة أو عدم الصحة بل كان يجب أن ينتظم الجميع حكم واحد . ولكن لم يكن الأمر كذلك ، فانصت الى أسمعك . نقل فى نيل الاوطار مايأتي :

ان من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق وقع منه ذلك . أما فى الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم وخالف فى ذلك أحمد ومالك فقال أنه يفتقر اللفظ الصريح الى النية . وبه قال جماعة من الأئمة منهم الصادق والباقر والناصر .

واستدلوا بقوله تعالى (وان عزموا الطلاق) فدلت الآية على اعتبار العزم ، والهازل لاعزم له . ونقل عن صاحب البحر جوابا لذلك ليس بذاك . وقال فى أعلام الموقعين مايأتي :

وأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه صحيح كما صرح به النص . وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين وهو قول الجمهور وحكاه أبو حفص عن أحمد وهو قول أصحابه وقول طائفة من أصحاب الشافعى . وذكر بعضهم أن الشافعى نص على أن نكاح الهازل لايصح بخلاف طلاقه . ومذهب مالك الذى رواه

ابن القاسم عنه وعليه العمل عند أصحابه أن هزله النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع .

وروى عن على بن زياد أن نكاح الهازل لايجوز . قال بعض أصحابه فان قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولانكاح ولا طلاق ولاشيء عليه من المهر .

وأما بيع الهازل وتصرفاته المالية فانه لايصح عند القاضى أبى يعلى وأكثر أصحابه وهو قول الحنفية والمالكية . وقال أبو الخطاب فى انتصاره يصح بيعه كطلاقه . وخرجها بعض الشافعية على وجهين، ومن قال بالصحة قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة اه .

وفى منح الجليل وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير مثل ماتقدم عن بعض أصحاب مالك من أنه اذا قام دليل الهزل لم يلزم الهازل شيء . وذلك كالممثل الذى يمثل مع زوجته أمام الجمهور حادثة طلاق ، أو مع أجنبية حادثة زواج والناس سامعون ومشاهدون . فاية فوضى هذه الفوضى ؟

وياليت شعرى ما السبب فى هذا الاختلاف فاما الصحة على فرض عدم صحة الحديث فى الكل . فى وأما عدم الصحة على فرض صحة الحديث ثم من أعجب العجب قياس البيع وسائر التصرفات المالية على الزواج وأخواته فأين ذهب قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، واين ذهب حديث « إنما الأعمال بالنيات » وكيف يتم عقد أو تعاقد بدون الرضا، وماقيمة الآرادة إذا فى نظر هذا البعض من الشافعية

يقول ابن القيم تبعا لشيخه ابن تيمية : والفقه فيه ان الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد . فاذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبي لأن ذلك لا يقف على اختياره . وذلك أن الهازل قاصد للقول مريد له مع علمه بمعناه وموجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمخادع المحتال فانهما قصدا شيئا آخر غير معنى القول وموجبه .

ألا ترى أن المكره قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداء . والمحلل قصد اعادتها إلى المطلق وذلك مناف لقصده موجب السبب . وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ماينافى حكمه فترتب عليه أثره .

ولما أحس بأن بيع الهازل يقال فيه مثل هذا فلم اختص الحكم بالنكاح وإخواته . أجاب بأن العقود فى نظر الشارع تنقسم إلى قسمين ، مالا يصح مع الهزل وما يصح مع الهزل ، ثم التمس مبررا للثاني بأن حق الله تعالى متعلق بالنكاح والطلاق والعتق والرجعة من حيث الحل والحرمه . وأن الانسان لايليق به أن يهزل مع خالقه ، وإن جاز له ذلك مع مثله فى البيع ونحوه

ويكفينا مؤونة الرد بلا تطويل على كل من يقول أن هذه العقود تصح مع الهزل وأن الأصل فى كل عقد الرضا حديث «انما الأعمال بالنيات » وأحاديث الباب مختلة السند بل قيل أن بعض رواتها منكر الحديث فيجب فيها جميعا فى جميع ما أجازوه مع الهزل ووجوب اشتراط

الرضا فى كل عقد كما هو مقتضى الشرع الحكيم الذى شرعه الله للناس لأجل مصالحهم فى حياتهم وفى معايشهم ولا سيما فى بناء الأساس وفى هدمه فيجب أن يكون البناء سليما متينا والا يهدم إلا إذا لم يكن صالحا للبقاء . وحسبك قوله تعالى فى بيان علاقة أحد الزوجين بصاحبه : (هن لباس لكم ، وانتم لباس لهن) كيف يكون هذا بين زوجين لم تتوجه ارادة أحدهما إلى ارتباطه بالآخر ، أو لم يرض كلاهما بأن يكون زوجا لصاحبه .

والناظر فى الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة المتعلقة بالزواج والطلاق ، جملة واحدة يتبين له من مجموعها شاهد ما قلناه ، وكان الواجب على الفقهاء ألا يغضوا النظر عن هذا بل يجعلونه موضع عنايتهم الكلية فى تفريع أحكام الزواج والطلاق . والا فتفكر أرشدك الله والهمك الصواب فى حكمك كيف تكون أسرة على غير رضا كل واحد من الزوجين بصاحبه وكيف تهدم أسرة لسبب واه أو لغير ما سبب والعلاقة فيما بين الزوجين على أتم ما يكون ولا سيما ان كان بينهما أولاد يعيشون بين عينى والديهم وسمعيهما هذا هو الذى كان ينبغى أن يفكر فيه ويلاحظ عند تفريع الأحكام لا تلك القشور التى لا لب فيها . وان هذا لممكن استدراكه بفضل الرجوع إلى كتاب الله تعالى وهدى رسوله والتشبع بروح النصوص بالنظر إلى غاياتها ومراميها والتأمل فى حكمتها ومعانيها (١) .

---

(١) ربما يقول قائل ممن يترجمهم هذا الكلام كيف يترك العمل بحكم شرعى قال به جمهور الأمة كل هذا الزمن أ كان كل هؤلاء مخطئين ؟ أقول ـ أولا ـ انى قد بينت



الحالة الثالثة

أن يكون قد قصدا للفظ أو مايقوم مقامه لكنه لم يقصد معناه الشرعى المتبادر منه وانما قصد معنى آخر يحتمله اللفظ بحسب وضعه. وفى هذه الحالة تعتبر الارادة الباطنة (نية القلب) من جهة الديانة . وأما فى القضاء فالمعول عليه هو المعنى المتبادر من اللفظ .

السبب فى هذا فلا داعى إلى التكرار ثم أقول - ثانيا - أن لجنة الأحوال الشخصية قد أجازت فى مشروع قانون الوصية ، الوصية للوارث - انظر المشروع وشرحنا له ومذكرته الايضاحية وكتابنا التزام التبرعات. وحديث « لاوصية لوارث » مشهور لم يطعن فى سنده ولكن كان للاجتهاد مجال فى فهمه وهو حديث مشهور وليس فيه ما ينافى مصالح الناس ولا يخل بنظام المجتمع ويمكن أن يعلل تعليلا معقولا بخلاف حديث « ثلاث جدهن جد » على ما بينا فاذا جاز الاعتراض على ماقلته فالاعتراض على اجازة الوصية للوارث أولى منه وهو عمل لجنة من خيار رجال الشرع والقانون كذلك أخذت اللجنة بوجوب الوصية فى بعض الحالات على ماهو مبين فى المشروع ومذكرته وهو مخالف لما ذهب إليه جمهور الأمة . كذلك أخذ الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوقوع الطلاق مقترنا بلفظ الثلاث طلقة واحدة ورجعية وهو مخالف لما اتفقت عليه المذاهب الأربعة وكذا عدم وقوع الطلاق المعلق إذا أريد به اليمين . فان قيل أن ما أخذت به اللجنة قال به فريق من الفقهاء ، أقول وكذلك ما قلته أنا قال به ابن حزم الظاهرى وأقام عليه الدليل وأن الحديث فى سنده من نكر عليه ما يحدث به ، وقال بعض أصحاب مالك إذا قام دليل الهزل فلا زواج ولا طلاق ولا رجعة على ما بيننا ، ولذا -

فلو قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال أردت أنها طالق من الوثاق أى غير مقيده فانه يصدق ديانة لاقضاء.

الحـــالة الرابعة

ان يكون قد قصد اللفظ أو مايقوم مقامه وقصد معناه المتبادر منه شرعا. وفى هذه الحالة تطابق الارادة الظاهرة المفهومة من العبارة الارادة الباطنة (نية القلب) تطابقا تاما. والأمر فى هذا واضح، وهذا هو ما اقتصرت عليه الشيعة الأمامية.

والحاصل

١ — ان النية وحدها لاينعقد بها شىء خلافا للزهرى ومالك.

٢ — وان كان اللفظ وحده بدون قصد له ولا لمعناه (وهو الحالة الأولى) اختلف فى بناء الحكم عليه، وأما الارادة الباطنة فلا وجود لها أصلا. وإذا بنى الحـكم على الارادة الظاهرة المفهومة من اللفظ ولو كان النطق به غير مقصود وقوفا عند الظاهر عند القائلين ببناء الحـكم على ظاهر اللفظ.

وأقول لو قامت قرينة على الخطأ وعدم ارادة اللفظ ولا الحكم فانه يعمل بتلك القرنية ولا يبنى على العبارة شىء.

٣ — وان قصد النطق باللفظ هازلا ولم يرد أى معنى من المعاني ففى العقود المالية كالبيع وأخواته يفسد العقد بذلك لفقدان الرضا. وفى الزواج وأخواته يصح العقد مع الهزل على ماذهب اليه الجمهور ولا عبرة بعدم الرضا. وقواعد الشريعة العادلة المبنية على الحـكمة

ومصالح العباد قاضية باشتراط النية والرضا فى هذا القسم أيضا على ما أسلفنا .

وحيث أن الارادة الباطنة لاوجود لها هنا فانه يعمل ـ عند الجمهور ـ بالارادة الظاهرة فى الزواج وأخواته، وأما فى البيع وأخواته فان قام دليل المواضعة عمل بها وبطل العقد الحاصل مع الهزل وذلك لفقدان الرضا :

٥ ـ وان كان اللفظ مقصودا ومعناه الشرعى مقصودا أيضا فقد وجدت المطابقة بين الارادتين . والأمر واضح .

نظر رجال القانون إلى الارادتين
الباطنة والظاهرة

النظر المنطقى المجرد يرى بناء الالتزام على الارادة الباطنة لأنها هى التى تنشىء الالتزام وتحدده ويرتبط بها رضا العاقد التام . فيجب البحث والتفتيش عنها فى مكامن النفس وحنايا الضمير بكل الوسائل، ولا يعول على مايعبر به العاقد من قول أو كتابة مما يدل ظاهرا على خلاف ماانطوت عليه نفسه متى قام الدليل على مخالفة ارادته الظاهرة لارادته الحقيقية الباطنة ، ولذا لو أراد أن يتخلص مما التزمه بقوله أو بكتابته محتجا بأنه صدر عنه مخالفا لما كان فى نفسه وقتئذ .وأراد تقديم الدليل على ذلك قبل منه الدليل . وهذا هو مايراه الفقهاء الفرنسيون وهو أقرب إلى العدل والانصاف وتحقيق رضا العاقد .لكن فقهاء الالمان نظروا إلى المسألة من الناحية العملية والى الابتعاد عن التعسف والتخبط

فى مطاوى النفس على غير هدى حدسا وتخمينا فى الكثير الغالب، وانتهى بهم الأمر الى صرف النظر نهائيا عن الارادة الباطنة والتفتيش عنها، واعتبروا الارادة الظاهرة المدلول عليها بالقول أو الكتابة هى الاصل المنشىء للالتزام. ووقفوا بذلك عند حد المحسوسات المدركة. فلو أراد العاقد أن يقيم دليلا على مخالفة ارادته الظاهرة لارادته الباطنة لا يلتفت اليه ولا يقبل منه ذلك الدليل العكسى لأن مدلول ما عبر به اعتبر أصلا لا دليلا على ارادة باطنة يدعيها حتى يقبل منه دليل على دعواه يرجح على الدليل الاول الظاهر.

ويجوز لنا أن نقول ان الرأى الاول هو القياس، والرأى الثاني استحسان أريد به استقرار المعاملات. فقارن بين هذين وبين آراء فقهاء الشريعة فيما اسلفنا.

(تنبيه)

قول فقهائنا العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى، مرادهم به أن اللفظ ان كان موضوعا لمعنى شرعى فعبر به عن معنى شرعى آخر بطريق التجوز نظراً إلى جملة ما يدل عليه كلام العاقد ومقصده منه فيصير هو المعتبر. وذلك كما اذا قال شخص لآخر وهبت لك هذه البقرة بجملك كان هذا عقد بيع ولا يمنع من ذلك التعبير بلفظ (وهبت).

ومن ذلك أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة، ولا يقال للعاقد يجب

أن تعسير فى الاول بكلمة الحرالة وفى الثانى بكلمة الكفالة ، بل يقبل منه ماقاله نظرا الى معناه ومقصوده . ومما ضربوه مثلا لهذا أنهم اعتبروا بيع الوفاء رهنا نظرا الى المعنى وهذا هو القول المفتى به وان كانوا فوتوا بذلك على العاقدين غرضهما ، كما لا يخفى عند التأمل . ووراء هذا القول سبعة أقوال أخرى مما يدل على اختلاف نظرهم فى تكييف بيع الوفاء ، وغرض العاقدين منه مفهوم .



محل العقد

محل العقد أى المعقود عليه هو مورد العقد ويجب أن يكون قابلا لحكم العقد طبعا وشرعا . وقد تقدم أن العقد اما أن يراد منه تسليم شيء أو فعل شيء أو الامتناع عن شيء .

ويشترط لصحة عقود المعاملات المالية أن يكون كل من البدلين معينا تعينا نافياً للجهالة حتى لايكون نزاع ولا خلاف عند التسليم والتسلم ، وتعيين المعقود عليه يكون بالاشارة اليه إذا كان حاضراً كقولك بعتك هذه الفرس بعشرين جنيها مصريا . أو بالاشارة إلى مكانه الخاص ان كان موجودا فيه وقت العقد كقولك بعتك مافى هذا الاناء بعشرة قروش صاغ مصرية . وقد يكون المعقود عليه غير معين بذاته وفى هذه الحالة يكون تعيينه ببيان وصفه مع بيان مقداره كيلا أو عدا أو وزنا أو مساحة أو بأى بيان تنتفى به الجهالة الفاحشة فاذا بقى بعد ذلك شيء من الجهالة فانها تزول برؤية المشترى اياه.

والأشياء المعقود عليها بعينها يشترط أن تكون موجودة حتما وقت العقد ولا يجوز أن يعلق العقد على وجودها فى المستقبل لأن هذا من الغرر المنهى عنه شرعا . وعلى هذا ينتظر حتى يوجد ثم يعقد عليه بعد وجوده . وأما مالا يوجد دفعة واحدة بل يوجد شيئا بعد شيء كالمنافع عرضية كانت أم مادية فهذه يجوز العقد عليها بطريق المعاوضة وبطريق التبرع . ولا يقال فى هذه الحالة ان المعقود

عليه معدوم وقت العقد . والجواب عن هذا أنه لايمكن أن يكون الا هكذا بخلاف ما يوجد بعد أن لم يكن ويبقى حافظا لكيانه بعد وجوده الأجل المحدود له فهذا من المخاطرة أن يكون موضوع العقد عند عدمه وقت العقد اعتمادا على توقع وجوده فى المستقبل . إذ ربما لايوجد . وهذا فى المعاوضات بالاجماع أما فى التبرعات فلا مانع من أن يكون المعقود عليه معدوما وقت العقد حتى اذا وجد فى المستقبل نفذ الالتزام به ، وان لم يوجد فلا ضرر ، اذ لا غرر .

ولما كان الغرض من النهى عن بيع الغرر هو منع مايثير النزاع والشقاق ويؤدى الى أكل أموال الناس بالباطل ؛ ولا شك أن هذه مفسدة كبيرة لكن اذا عارضتها مفسدة أكبر منها وجب دفع الكبرى بالصغرى .

وقد أرشدنا الشرع إلى هذا الأصل العظيم فانه لما ورد النهى عن الربا واحتاج الناس إلى العرايا أرخص لهم فيها وهذا ماتقتضيه أصول الحكمة التى بعث بها ﷺ وعلمها أمته . وبالجملة فكل ما احتاج اليه الناس فى معاشهم ولم يكن سببه معصية هى ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بباغ ولا عاد ـ وان كان سببه معصية كالمسافر سفر معصية اضطر فيه الى الميتة ، والمنفق للمال فى المعاصى حتى لزمته الديون فان يؤمر بالتوبة ويباح له مايزيل ضرورته فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة ، وان لم يتب فهو ظالم لنفسه . وقد رجح أخيرا جانب النظر العملى لأجل استقرار المعاملات حتى وصل الامر فى بيع المعدوم تبعا للموجود أنه

إذا بدا صلاح فى بعض أنواع جنس من الأجناس كنوع من الثمر اعتبرت الأنواع الباقية تابعة لما بدا صلاحه . بل زاد الامام الليث بن سعد فقيه مصر على ذلك أن صلاح الجنس كالتفاح واللوز يكون صلاحا لسائر أجناس الثمار لأن الحاجة تدعو الى ذلك

والحاصل أن الناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب العادة المستمرة وبذا صارت الاغلاط فى التقديرات نادرة والحدس والتخمين مع هذه التجارب والمشاهدات وكثرة المعاملات يكادان يفيدان ظنا راجحا . ومن هنا يتبين لك أن الشرع الاسلامى بنى على أساس العدل ومنع الظلم ورعاية مصالح الناس واستقرارهم فى معاملاتهم

وكثيرا مايكون محل العقد فعلا مطلوبا لأحد العاقدين من الآخر . اما فعلا مجردا ويأخذ الأجر عليه . وقد تكون مادة العمل من عند الصانع كما فى الاستصناع وهو مستفيض منتشر بيننا بكثرة .

ومن الحقوق التى تصلح محلا للتعاقد . حق الشفعة وحق التعلى على مذهب مالك وحقوق الارتفاق على مذهب أحمد

ومن الامتناع عن فعل شىء التزام الموصى عدم الرجوع عن الوصية على قول فى مذهب مالك . والتزام الوالدين عدم اعتصار ماوهباه لولدهما على مذهبه أيضا واعطاء المرأة زوجها مقدارا من المال على ألا يتزوج عليها فى مذهب مالك أيضا

قلت لآخر ان امتنعت عن شرب الخمر وعن الفسق فلك كذا

صح هذا فاذا مضت مدة تبين فيها صلاح حاله واستقامته تبين استحقاقه للمال .

السبب والباعث

(القصود فى العقود)

لكل عقد شرعى غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس الى أغراضهم من معايشهم ووضع لكل عقد مايحقق ذلك على ماهو مبين فى الكتب الفقهية .

فعقد البيع (مثلا) الغرض منه نقل ملكية المبيع الى المشترى فى مقابلة الثمن . وعند الاجارة الفرض منه انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة وعقد الزواج الغرض منه حل كل من الزوجين للآخر وهكذا .

فاذا قصد الناس من عقودهم هذه المعاني التى رتبها الشارع على كل عقد واستوفى العقد كل الشروط المطلوبة لتحققه كان العقد صحيحا . وقد يكون بناء على غرض لأحد العاقدين أو كليهما ينطوى فى الواقع على أمر مخالف للشرع أو محرم ولكنه لم يعلن فهل يبطل العقد لأجل هذا ، أو يحكم بصحته بناء على خلوه ظاهرا مما يبطله . مذهب جمهور الفقهاء أن يكتفى بالظاهر فيحكم بصحة العقد، ومذهب فريق من الفقهاء المحققين أن العقد باطل لانطوائه على أمر محرم شرعا ولا سيما ان قامت على ذلك شواهد لايستطاع ردها بل يكون محاولة ردها عنادا ومكابرة .

(مثال ذلك)

رجل طلق امرأته ثلاثا ثم أراد أن يتزوجها ثانيا . فاتفق مع آخر – ويكون عادة من الوضعاء جدا ساقطى الأخلاق، على أن يعقد على تلك المطلقة ويبيت معها ليلة ثم يطلقها فى الصباح فانها بذلك يحل لزوجها الأول أن يعقد عليها مرة ثانية وهذا هو مذهب الجمهور مادام العقد سليما مما يبطله أو يفسده . وذهب المحققون من علماء الشريعة إلى أن هذا العمل زنا محض . والأمر المدهش فى هذه المسألة هى أن المطلق ومطلقته وشهود العقد والجيران وأهل الحى بل أهـل البلد كلهم يعلمون بحقيقـة الأمر ولا يحجبهم ذلك الستار السخيف عن معرفة حقيقة الأمر ومع ذلك فليس الا المكابرة والمعاندة . وبعد فهذه وصمة عار ما كان ينبغى أن يقرها الفقهاء ويسكتوا عليها ، والأمر فيها بين واضح .

(مثال آخر)

رجل أراد أن يقترض من آخر مائة جنيه (مثلا) على أن يردها إليه بعد مدة معينة مائة وعشرين لكن الرجلين كليهما يتورعان عن صورة الربا فقط . فيتفقان على أن يبيع الأول للثانى شيئا بمبلغ مائة وعشرين جنيها مؤجلة إلى مدة كذا . وبعد أن تم الصفقة يشترى الأول من الثانى ذلك الشىء بعينه بمبلغ مائة جنيه ويقبضه إياها فى الحال تحقيقا لفرضهما . والمحققون من الفقهاء قالوا ببطلانه لأنه ربا مستتر تحت صورة عقد بيع . وأما غير المحققين فلهم كلام كثيرا لا أدرى على أى أساس شرعى فقهى قد بنى ؟

وبعد فان رأيى فى هذا الموضوع هو أن الأصل أن تحمل العقود على أسبابها الشرعية الظاهرة التى يظهر أنها غرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهره وجب التمسك بالحقيقة والأمر فى هذا موكول إلى القضاء وقد يكون الأمر واضحا بينا جدا لا مجال للتأويل فيه وقد يكون قريبا من ذلك وقد يدق .

اعتذار

قضت على ضرورة المرض أن أختصر فيما يأتى ورجائى فى الله عظيم فى تدارك الأمر بعد ذلك .



عيوب العقد المؤثرة فيه

يشترط لصحة العقد الرضا ، فاذا خلا من الرضا ، أو وجد في الرضا خلل ، فالعقد غير صحيح . والأشياء المفوتة للرضا ، أو المحدثة خللا فيه ، هي الاكراه ، والغلط ، والتدليس ، والغبن مع التغرير . وهاك جملة القول فيها :

الاكراه

هو إجبار شخص على أن يعمل عملا بدون حق . وهو نوعان : «ملجيء» و «غير ملجيء» فالاكراه الملجيء هو ما يكون التهديد فيه باتلاف نفس ، أو عضو ، أو إتلاف كل المال . وغير الملجيء هو ما كان بغير ذلك مما يستطيع الانسان الصبر عليه عادة مع احتمال المشقة وليس له مقياس ثابت إذ هو يختلف باختلاف الأشخاص ، بل باختلاف حالات الشخص الواحد ، من صحه ، ومرض ، وقوة وضعف ، وغير ذلك ويختلف باختلاف الظروف المحيطة بالحادثة التي وقعت تحت تأثير الاكراه فالواجب هو النظر في كل حادثة نظراً خاصاً ليعرف إلى أي حد كان تأثير الاكراه فيها .

والاكراه الملجيء يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا . وغير الملجيء يعدم الرضا فقط .

والرضا هو ارتياح الانسان للفعل الذي يفعله لرغبة له فيه . والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله ، فان كان مبنياً على رغبة صحيحة ، واستقلال في الرأي ، كان اختياراً صحيحاً ، وإن كان قد حصل تحت

تأثير من الخارج ، وبدون استقلال فى الرأى ، وإنما فعله ارتكابا لأهون الشرين فهو اختيار فاسد .

فاذا رغب انسان فى بيع داره ، لغرض ما ، وترجح عنده بيعها ثم باعها مستقلا برأيه وهو عاقل راشد ، فهذا البيع مبنى على رغبة صحيحة ورضا تام واختيار صحيح (أى حر) ، وإذا كان للانسان أرض زراعية وهو مسرور بكونه مالكا لها فقال له شخص آخر يعنى أرضك وإلا قتلتك ، أو فقأت عينك ، فاختار أهون الشرين وباعها فهذا البيع لم يصدر عن رغبة ، ولا رضا ، ولا اختيار صحيح . وإذا قال لك قائل : هب لى ساعتك هذه ، وإلا كسرتها فوهبتها له تحت تأثير الاكراه فقد فعلت فعلا بدون رغبة فيه ولا رضا به ، ولكن اختيارك صحيح ، لأنه إنما أدخل عليك غما بتهديده ، ولو نفذ ما توعد به ، لكان الضرر جزئياً وذلك باتلاف بعض مالك .

شروط تحقيق الاكراه

يشترط أن يكون المكره قادرا على فعل ماهدد به ، وأن يغلب على ظن المكره تنفيذ المكره لما هدده به . أخذاً من ظاهر حاله ، والظروف التى هو فيها ، ويشترط أيضا أن يفعل المكره الفعل الذى أكره عليه بحضرة المكره . فان فعله فى غيبته ،ولم يغلب على ظنه عوده ، اعتبر راضياً مختاراً لما فعله .

حكم الاكراه على العقود

العقود كلها تفسد بالاكراه فيفسد به كل من البيع والشراء والايجار والاستئجار والهبة والصلح وتأجيل الدين وإسقاط الشفعة والكفالة

والحوالة والوقف ، وكذا الاقرار ، وإبراء الدائن مدينه ، وابراء الكفيل بنفس أو مال ، والوصية وسائر العقود .

وبناء على كون هذه العقود فاسدة يملك المشترى المبيع إذا قبضه كما يملكه فى البيع الفاسد بدون إكراه . ثم يكون المكره بالخيار بعد زوال الاكراه عنه ، فان شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه ، وبالامضاء يزول الفساد . ولا ينقطع حق المكره فى الفسخ ، وإن كان المشترى قد تصرف فى المبيع وتداولته الأيدى

وقال زفر : ان العقود التى تقع تحت تأثير الاكراه ، تكون موقوفة لعدم الرضا ، فلا تبتنى عليها آثارها الا إذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه . وهذا الرأى فى نظرنا أحسن من الأول لقوة دليله

الغلط

هو عدم معرفة وجه الصواب . وهو اما أن يكون فى نفس محل العقد ، أى فى ذات محل العقد اى فى ذات وجوهر المعقود عليه واما أن تكون فى وصفه . فان كان الغلط فى ذات محل العقد كان العقد باطلا ، وذلك لفوات محل العقد ، فيكون العقد قد ورد على لاشىء ، أى على عدم ، والعقد على المعدوم باطل على ما كما قدمنا ، مثال ذلك أن تقول لشخص : بعتك هذا الخاتم من الماس بكذا ، فقبل ، ثم ظهر أن الخاتم من الزجاج

واذا كان الغلط فى الوصف فقط صح العقد ، ولكن يكون للمشترى الحق فى فسخه لسبب فوات الوصف المرغوب فيه ، مثال ذلك : أن تقول لآخر : بعتك هذا الفص من الياقوت الاحمر بكذا ،

فيقبل منك : وكان العقد ليلا فلما جاء الصباح تبين أنه أصفر ففى هذه الحالة يكون العقد صحيحا ، ويخير المشترى بين أخذ ذلك الفص الاصفر بكل الثمن المسمى فى العقد : وبين فسخ العقد وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه

والقاعدة فى ذلك أنه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية فى عقد وكان المعقود عليه حاضرا ، ثم حصل غلط فتبين أن المشار اليه لاتنطبق عليه التسمية فاذا اختلف الجنس اعتبرت التسمية فيكون المعقود عليه هو المسمى ، وتلغى الاشارة وذلك كما فى المثال الاول فيعتبر المعقود عليه هو خاتم ماس ، ومن حيث أنه غير موجود فالبيع باطل ، أما اذا اتحد الجنس فيكون المعقود عليه ، هو المشار اليه ويلغى الوصف ، واذا يكون العقد صحيحا كما فى المثال الثانى، لكن يثبت للمشترى الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه

ومن أمثلة ذلك ما اذا باع فرسا على أنها من نسل الفرس الفلانية فتبين أنها ليست من نسلها فانه يكون للمشترى الخيار فى الفسخ وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه . وهكذا

أقول ـ وعلى هذا إذا أردت أن يكتب لك شخص معروف بجودة الخط مصحفا ، فتقاولت مع انسان ظننته الشخص المعروف فاذا به ليس اياه فالظاهر أن لك خيار الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه قياسا على المسألة المذكورة قبل هذه . وكذا لو أردت أن يرسم لنفسك صورة زيتية عند فلان الشهير باتقان هذه الصنعة وهكذا ، وبالجملة فكما يكون الغلط فى المحل أو فى وصفه كذلك

يكون فى العاقد فيما يتفاوت فيه الاشخاص من الاعمال . فاذا فات الوصف المرغوب فيه فقط كان لمن من مصلحته هذا الوصف خيار الفسخ ، لأن الوصف المرغوب فيه يستحق بالشرط والذى يتعاقد معه على عمل لمعنى فى عمله لايوجد فى عمل غيره ، يكون عمله بمنزلة الوصف المرغوب فيه

التدليس :

هو اخفاء العيب ، واظهار المعقود عليه بصورة غير ما هو عليه فى الواقع ، كالذى يبيع بقرة لأجل لبنها فيمتنع من حلبها مدة حتى يتجمع اللبن فى ضرعها ، ثم يعرضها للبيع موهما المشترى أنها حافلة باللبن فتظهر حقيقة أمرها للمشترى بعد أن يأخذها ، وهكذا من أنواع التدليس التى لاتحصى . وللمدلس عليه أن يفسخ العقد بسبب ما يجده من العيب فى المبيع وغيره . أما المبالغة فى القول فى ترغيب الناس فى السلع بقصد أن يقبلوا على الشراء مما جرت به العادة فى الأسواق ، وفى الاعلانات المتنوعة التى تنشر ترغيباً للناس ، فليس شىء من ذلك تدليساً يعطى المدلس عليه الحق فى فسخ العقد ، لأن العادة جرت بذلك ، والأمر فيها ظاهر ، لاخفاء فيه

وسيأتى الكلام على خيار العيب فى موضعه

(الغبن والتغرير)

الغبن هو النقص . وقد يكون قليلا ، ويسمى بالغبن اليسير . أو كثيراً ، ويسمى بالغبن الفاحش : والحد الفاصل بينهما هو : أن مايدخل تحت تقويم المقومين — أى تقدير المقدرين للقيمة — فهو اليسير ، وما

لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو الفاحش . فلو بيعت دار بألف جنيه مصرى (مثلا) وقومها بعض أهل الخبرة بألف ومائة ، وبعضهم بتسعمائة وبعضهم بألف ، وبعضهم بألف وخمسين ، وبعضهم بتسعمائة وخمسين كان الغبن فيها يسيراً . أما إذا قوموها جميعاً بأقل من ألف ، بحيث لم يصعد واحد منهم بالقيمة إلى الالف ، كان فى البيع غبن فاحش بالنسبة للمشترى . وإذا قوموها جميعاً بأكثر من ألف ، بحيث لم يهبط واحد منهم الى الألف ، كان فى البيع غبن فاحش بالنسبة للبائع . وثم رأى آخر وهو أن الغبن الفاحش فى العقار مازاد على ٢٠ ٪ وفى الحيوان مازاد على ١٠ ٪ وفى عروض التجارة مازاد على ٥ ٪ وفيما له أثمان محددة فى الأسواق ما خالف تلك الأثمان ، بأية زيادة أو أى نقص . والاساس الذي بنى عليه هذا هو ظهور القيمة ووضوحها وضوحاً بيناً فى بعض المبيعات ، وخفاؤها إلا على أهل الخبرة العارفين فى بعضها كالعقارات ، وترددها بين الخفاء والظهور ، وقد تكون الى الخفاء أقرب كما فى الحيوان أو إلى الظهور أقرب كما فى عروض التجارة التي ليس لها أثمان محددة ، فللاحتياط جعلوا للغبن الفاحش هذه الحدود فى الاشياء المذكورة بناء على تلك الملاحظة

والغبن بنوعيه لا يغتفر ، ولا يتسامح فى شيء منه بالنسبة لدائنى التركات ، فاذا باع المدين وهو مريض مرض الموت شيئا من ماله بأقل من قيمته ، ثم مات وتركته مستغرقة بالدين ، فللدائنين فى هذه الحالة أن يطلبوا من المشترى تكميل الثمن حتى يبلغ القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع ، فاذا أبى كان لهم الحق فى فسخ البيع ، ورد الثمن الذى دفعه

المشترى اليه وينزع منه المبيع . وثم مواضع لا يغتفر فيها الغبن اليسير ، لا يتسع المقام لها هنا

والغبن الفاحش لايغتفر فى مال اليتيم ، ولا فى مال الوقف ، ولا فى مال بيت المال ، وهذا بالاجماع سواء صاحب الغبن تغرير — أى خداع وغش — أم لم يصاحبه

وأما بالنسبة لغير هؤلاء المذكورين ففى المسألة ثلاثة اراء .

الاول — أن الغبن الفاحش ، مطلقاً ، يجعل للمغبون حق الفسخ لأنه مظلوم

الثانى — أنه ليس للمغبون مطلقا حق فى الفسخ لانه مقصر

الثالث — وهو الرأى الذى عليه المعول : أن الغبن اذا صاحبه تغرير من العاقد الآخر ، أو من الدلال أو السمسار كان للمغبون الذى غر وخدع حق الفسخ ، وهذا بالاتفاق ، وذلك لأن لكل من البائع والدلال والسمسار مصلحة فى ترويج السلع المعروضة للبيع . أما إذا كان المغرى شخصا أجنبيا أى غير المذكورين ، فقيل لاحق للمغبون فى الفسخ لان الاجنبى لاشأن له فى البيع ؛ وقيل له حق الفسخ لاحتمال أن الاجنبى موعز اليه بذلك فى مقابلة جعل يأخذه من البائع أو لغرض آخر

وهذا أشبه شىء ببيع النجش ، وصورته أن يتقدم شخص فيزيد فى ثمن العين المعروضة للبيع لاجل أن يغرى شخصا آخر بشرائها . فان اشتراها ذلك الشخص الآخر ، وكان فى الشراء غبن فاحش بالنسبة له . فله حق الفسخ على أحد الرأيين ، وان لم يكن

فى الشراء غبن به فلا حق له فى الفسخ ، بل يعتبر ماصنعـه ذلك الشخص من باب تحسين السلع ، وترويج البضائع المعروضة للبيع

ومما يناسب ذكره هنا « بيع المضطر » وشراؤه »

وصورة شراء المضطر هى أن يضطر شخص الى طعام أو شراب أو لباس أو غير ذلك مما يكون فى حاجة اليه ، ولا يرضى البائع أن يبيع له إلا بأكثر من قيمة الشىء الحقيقية ؛ أو ثمنه المعروف ؛ بغبن فاحش ، فتضطره الحاجة الى الاخذ بما يقوله البائع . وحكم البيع فى هذه الحالة أنه بيع فاسد ، فاذا قبض المشترى المبيع فلا يجب عليه للبائع إلا قيمته فقط

وصورة بيع المضطر هو أن يحتاج شخص الى نقود فيضطر الى بيع شىء من ماله ، والمشترى لايرضى أن يأخذه إلا بغبن فاحش فاذا أخذه المشترى ووجد ما يمنع الرد وجبت عليه قيمته للبائع . كما هو حكم البيع الفاسد

والاضطرار كالاكراه فى المعنى



الأهلية وعوارضها

أهلية الانسان للشيء هي صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه ، وطلبه منه ، وهذا هو معناه اللغوى ، وهي في لسان الشرع عبارة عن صلاحيته ومحليته للحقوق المشروعة له وعليه .

وتنقسم الأهلية إلى قسمين : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، وملاك هذه الأهلية الذمة ، وهي خصوصية ميز الله تعالى بها الانسان على غيره من سائر المخلوقات ، وجعله بها موضع التكليف دون غيره ، وهي ليست العقل وحده ، بل العقل معتبر فيها هو وسائر القوى الانسانية ، وبالجملة فالذمة هي خاصة من خواص الانسان ترجع إلى تركبه من بدن ونفس ناطقة وعقل وقوى ظاهرة وباطنة على هيئته التي أقامه الخالق عليها ، وهي ثابتة للانسان لا تفارقه لحظة ما حتى تفارقه الحياة ، بل اعتبروها باقية حكما بعد موته ، حتى يستوفى ماله ويخلص مما عليه من الحقوق الدنيوية (١) ، كما سترى هذا في عارض الموت .

ويرى بعض الناس أنه لا حاجة إلى افتراض أن للانسان ذمة ، وأنه لا معنى لأن يقال ان لفلان في ذمة فلان قدر كذا من المال ، إذ

---

(١) اذا توجهت على الانسان دعوى بعد موته فعلى ما ذهب اليه القدورى يقضى على الميت بحضرة وصيه ، وقيل يقضى على الوصى باعتباره وصى الميت ، وعلى كلا التقديرين يكون نفاذ الحكم في مال الميت الذى تركه بعد وفاته ، ونظيره ما إذا وجهت الدعوى من وصي الميت علي مدين له .

يكفى أن يقال ان الشرع مكن الدائن من مطالبة المدين بهذا القدر من المال ، وهكذا جميع المطلوبات الأخرى ، فلا داعى الى افتراض أمر زائد يقال له الذمة . وقد رد على هذا القول ردا قاسيا الشيخ عبد العزيز البخارى شارح أصول فخر الاسلام وقال ان الذمة ثابتة بالاجماع ، فمن أنكرها فهو مخالف للاجماع ، ونقل عن القاضى الامام أبي زيد الدبوسى أن الذمة عبارة عن العهد فى اللغة ، فالله تعالى لما خلق الانسان محل امانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار بهما أهلا لوجوب الحقوق له وعليه ، فثبت له حق العصمة والحرية والمالكية وسائر الحقوق التى منحها إياه فضلا منه ونعمة ، وثبتت عليه حقوق الله تعالى التى سماها أمانة ، كما إذا عاهد المسلمون غيرهم وأعطوهم الذمة ثبتت لهم وعليهم حقوق المسلمين الدنيوية اهـ ملخصا . وأقول ان الخطب فى هذه المسألة سهل ، فالانسان مكلف وله حقوق وعليه واجبات على كل تقدير : فافتراض وجود الذمة أو نفيها لا تأثير له فى شىء من ذلك وقد تكون المسألة اعتبارية ، وقد يكون للذمة وجود حقيقى مستقره الانسان كسائر عوارضه الذاتية التى لا تنفك عنه . وما أشبه اختلاف النظر فى هذه المسألة باختلاف نظر علماء القانون فى الشخص الاعتبارى أو المعنوى فقد يكون الداعى الى هذا الافتراض أمور شكلية محضة لتنزيل الاحكام على نظام أتم وأضبط ، بينما يرى الفريق الآخر أن لا داعى الى ذلك الافتراض ، بل الواجب قصر النظر على الحقائق الثابتة وربط الأحكام بها . وبعد فالنتيجة من الحقيقة واحدة

وأهلية الأداء هي صلاحية الانسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا ، ولا وجود لهذه الاهلية قبل أن يصير الانسان مميزا ، حتى إذا بلغ الانسان سن التمييز وأصبح قادرا على فهم الخطاب والقيام ببعض الأعباء بما حصل له من نمو في عقله وقوة في بدنه اعتبر ذا أهلية للأداء قاصرة حتى يبلغ أشده وتكمل فية قوة العقل وقوة البدن جميعا ، فحينئذ تتم أهليته للأداء بتمام قدرته عقلا وجسما ، فتجب عليه كل التكاليف من بدنية ومالية وتثبت له كل الحقوق الشرعية .

وليس للتمييز ولا لتمام الاهلية سن معينة ، اذ قد يبكران وقد يتأخران فاذا جعل المناط نفس التمييز وظهور الرشد في التصرفات ، كما تقتضيه حكمة التشريع ، كان المناط غير منضبط ، فمن أجل ذلك أقيم البلوغ المحسوس مقام ظهور الرشد

واعتبرت سن التمييز سبع سنين ، لأنها السن التي تنتهي إليها حضانة النساء للصغير ، ويتولى القيام بعد ذلك بشئونه الرجال ، قال الامام حافظ الدين النسفي في شرحه على منار ه مانصه : أصل العقل يعرف بدلالة العيان ، وذلك بأن يختار المرء ما يكون أنفع له في أمر دنياه وعقباه ، ويعرف مستور عاقبة الأمر فيما يأتيه ويذره . وكذلك نقصانه يعرف بالتجربة والامتحان ، بأن ينظر في أفعاله فان كانت على سنن واحد كان معتدل العقل ، وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل وأحوال البشر تتفاوت في صفة كمال العقل ، فأقام الشرع اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل مقام كمال العقل في بنائه الزام الخطاب عليه تيسيرا على

العباد ، ثم صار صفة الكمال الذى يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار ، وتوهم بقاء النقصان بعد هذا الحد كذلك . لما عرف أن السبب الظاهر متى قام مقام المعنى الباطن تيسيرا دار الحكم معه وجودا وعدما اه

ومما تقدم يستبين لك أن كلا من المحكوم له والمحكوم عليه بحق من الحقوق يجب أن يكون انسانا حقيقيا ، إذ الحقوق والواجبات لا تثبت لغير الاناسى الحقيقيين ، لكن يستدرك على هذا بمسألتين :

الأولى : أنهم نصوا على أن المحكوم له وعليه قد يكون انسانا وقد يكون جهة ، كبيت المال ، وجهة الوقف ، ولاجل تصحيح الشكل يجب أن تقام الدعوى من وكيل بيت المال ، وناظر الوقف وعلى كل منهما ، فاذا ثبت حق فهو لكل من بيت المال والوقف ، وإذا قضى على أحدهما فالنفاذ يكون فى مال من يمثله كل منهما من بيت المال والوقف

ونصوا أيضا على أن الوصية تجوز للمساجد والمارستانات والمدارس وكل وجوه الخير ، ويصرف الموصى به فى مصالح هذه الاشياء ، وعلى ذلك تكون المساجد ونحوها ذات أهلية يكون لها حق فى المال الوصى به . لكن النفع فى الحقيقة انما يعود الى الناس بواسطة هذه الأشياء

الثانية : أن غير الانسان من سائر الحيوان كما أنه ليس عليها واجبات تلزم بها قضاء ، كذلك ليس لها حقوق تطالب بها قضاء فهى ليست ذات أهلية للايجاب والاستيجاب ، لكن يجب الاحسان اليها فى المعاملة ديانة والى هذا ذهب أبو حنيفة وابن رشد من

المالكية . لكن ذهب جمهور علماء الشريعة إلى أن مالك الحيوان إذا امتنع من الانفاق عليه أو أساء اليه فى المعاملة رفعت الدعوى حسبة فيأمره القاضى بكف الأذى عنه والانفاق عليه أو تركه يرعى أو يبيعه أو يسيبه فى مكان آمن يجد فيه رزقه ، فان لم يفعل باعه عليه القاضى فان الحيوان مخلوق ذو روح محترم فيجب حفظه ولا يترك لمالكه يعذبه ، » وقد وفيت هذه المسألة حقها من البيان فى كتابي نظام النفقات » وعلى هذا يكون للحيوان حقوق يحكم له بها قضاء كما تجب له ديانة

الدور الأول : قبل أن يولد وهو جنين أى حمل فى بطن أمه

الأنسان فى هذا الدور له اعتباران ، فهو من وجه يعتبر جزءا من أمه حسا وحكما ، أما حسا فلانه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها كانه عضو من أعضائها ، وأما حكما فلانه يعتق بعتقها ، ويرق برقها ويدخل فى البيع تبعا لبيعها . وهو من وجه يعتبر مستقلا عنها ، لأنه منفرد بالحياة وبعرض أن ينفصل منها ، ويصير إنسانا قائما برأسه ، فمن أجل هذا لم يجعل له الشارع ذمة مطلقة صالحة لكل من الوجوب له وعليه ، بل جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط رحمة من الشارع به فأوجب له الحق فى العتق منفردا عن أمه ، والحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه وفى استحقاقه ما أوصى له به وفى وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من ضمن مستحقيه على ماهو

مبين تفصيلا فى الكتب الفقهية فاذا ولد حيا ولو حكما (١) ثبتت له كل هذه الحقوق وإن ولد ميتا حقيقة وحكما لم يثبت له شيء منها ، فترد غلة الوقف الى غيره من المستحقين ، ويرد الميراث الى ورثة المورث الاخرين ، ويردما أوصى له به إلى ورثة الموصى

ولما كانت الولاية إنما تبتدىء على الانسان بولادته كان الجنين لاولاية لأحد عليه ، وعلى ذلك لايصح الشراء له ونحو ذلك مما يتوقف على وجود ولى ، أو يكون فيه الزام للجنين . وقد جاء فى مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين على ما أسلفنا وكذلك يجب نفقة أقاربه الفقراء فى ماله الموروث وقد بينا ذلك فيما سلف(٢)

---

(١) صورة ذلك أن يضرب رجل امرأة حبلى فتسقط جنينا ميتا ، فهذا الجنين يعتبر حيا تقديراً ، وأنه مات بفعل الجانى فتجب على الجانى الغرة وهى خمسمائة درهم ، وتورث عن الجنين . وكذلك يكون الجنين من ضمن ورثة مورثه الذى مات قبله ، ويعطى نصيب الجنين من الميراث لورثة الجنين لا لورثة مورثه .

(٢) نص فى قانون المجالس الحسبية القديم والقانون الحالى « قانون ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ » فى المادة الثالثة على أن للمجالس الحسبية تعيين وصى للحمل المستكن . وجاء فى منشور الحقانية الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ مانصه « تبين للنظارة من الاطلاع على كثير من القضايا والكشوف الاسبوعية أن بعض المجالس الحسبية يقرر بايقاف تعيين الوصى للحمل المستكن حتى يفصل ذلك الحمل . وحيث ان هذا مخالف من جهة النص المادة الثانية من الامر العالى الصادر فى نوفمبر سنة ١٨٩ التى تقضى بالتعيين فى مثل هذه الحالة ، ومن جهة أخرى فان إيقاف التعيين حتى يفصل

وليلاحظ أن مايحجز للجنين من الميراث والوصية وغلة الوقف ليس للجنين ملك فيه على قول الجمهور خلافا لأحمد حتى يولد ، ولذا يوقف الأمر فيه حتى يتبين الحال بولادته(١)

الدور الثاني : من الولادة الى سن التمييز

للانسان بعد ولادته ذمة مطلقة صالحة لوجوب الحقوق له وعليه ، لكن لضعف بنيته عن الأداء ، ونقص عقله عن فهم الخطاب وهو فى أول أدوار حياته قبل أن يصير مميزا ، اقتضت حكمة الخالق الجليل ورحمته ألا يكلف وهو فى تلك الحالة أداء شيء بنفسه ، وألا

الحمل فيه ضرر لمصلحة هذا الأخير لما يترتب عليه من ترك أمواله بلاحصر وتأجير وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التى تقتضى السرعة الخ » اه .

ولايخفى أن مايحجز للحمل فى هذه الحالة سواء أكان من ميراث أوغيره لايتعين ملكا له حتى يولد حيا ، فما معنى اقامة هذا الوصى ؟ لكن فى المسألة احتياط حسن ، على فرض ولادته حيا .

(١) نص فى كتب مذهب الامام أحمد على أن الحامل المتوفى عنها زوجها يتفق عليها من نصيب الحمل اه . ويؤخذ من هذا ومما أسلفنا أن للحمل ملكا فى الميراث قبل أن يولد ، لكن جمهور الفقهاء على خلاف ذلك ، انظر كتابنا « نظام النفقات »

ونص فى كتب الشيعة الزيدية على جواز تزويج الجنين مطلقا ، ولتنظر أحكام ذلك تفصيلا فى شرح الازهار . ويؤخذ من هذا أن الولاية على الجنين ثابتة فى النفس ، فتكون ثابتة أيضا في المال . وجمهور العلماء على خلاف هذا . وقول الجمهور هو الموافق للعقل والشرع .

يؤاخذ بأقواله ولا بأفعاله مؤاخذة بدنية ، وألا يحمل مسؤولية عن فعل غيره ، وأن تلحق كل التزاماته بالعدم ، فلا يصح منه التزام أصلا ولا يعتبر قبوله لأى عقد من العقود .

ومن أجل ذلك لم يكلف بالايمان ولا بالعبادات ، لأن تلك أشياء يراد من الانسان أن يؤديها بنفسه لينظر أهو مطيع ممتثل للأمر أم هو مخالف عن أمر ربه ، والانسان فى هذا الدور ليس أهلا لذلك ، وحكمة الله تعالى ورحمته قاضيتان بألا يكلف الله نفسا الا وسعها .

كذلك تهدر أقواله كلها ، ولا يلزم بأى شيء التزم به ، لأن عبارته غير معتبرة شرعا ، وكل التزاماته باطلة ، حتى لو كان تصرفه نافعا له نفعا محضا ، كقبول الهبة والصدقة ، فلا نصيب له الا البطلان .

واذا ارتكب مايوجب الحد فلا حد عليه ، وكذلك إذا ارتكب أية جناية من الجنايات ولو القتل فلا يعاقب على ما ارتكبه عقوبة بدنية ، لكن تجب الدية فى ماله إن لم تكن له عاقلة ، فان كانت له عاقلة وجبت عليها الدية « انظر جامع أحكام الصغار للاستروشنى » . وإذا قتل الصبي مورثه فلا يحرمه ذلك القتل من أن يرثه لسقوط المؤاخذة عنه . وكل صلة لها شبه بالأجزية مثل تحمل الدية عن القاتل خطأ فليس الصبي أهلا لها ، لأنها لا تخلو عن صفة الجزاء مقابلا بالكف عن الأخذ على يد الظالم ، ولذا اختص به رجال العشائر دون النساء والصبيان ، لأنهم هم القادرون على ذلك .

وبالجملة فليس الصبي بأهل لوجوب الجزاء البدنى عليه بأى حال من الأحوال ولا هو بمسؤول عما يجرمه غيره ، ولا يتحمل عنه شيئا ،

عدلا من الله ورحمة ويستمر هذا الحكم ثابتا له إلى أن يبلغ وتكمل أهليته فحينئذ توجه اليه المسؤولية كاملة .

لكن الواجبات المالية التى يمكن أن يؤديها عنه وليه أو وصيه هو أهل لها ، وذمته صالحة لوجوبها عليه ، سواء أكانت حقوقا لله تعالى أم حقوقاللعباد ، ولذا يجب عليه مايأتي ابتداءمن ولادته،ويستمر عليه هذا الوجوب مدى حياته.

(ا) العشر فى زرعه ، والخراج فى أرضه ، لأن كل واحد منهما مؤونة مالية .

(ب) زكاة الفطر على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ترجيحا لجانب المؤونة خلافا لمحمد وزفر ترجيحا لجانب العبادة .

وأما زكاة الأموال فلا تجب إلا على البالغ العاقل بشروطها عند أبي حنيفة وأصحابه جميعا ، لأنها عبادة والمطلوب فيها أن يؤدى الانسان المكلف بنفسه ليتبين أهو مطيع أم عاص . وذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد الى وجوبها فى مال الصبي والمجنون نظرا إلى جانب المال وأن النيابة جائزة فيه ، ولتنظر كتب الفريقين فى ذلك

(ج) الأعواض مثل ثمن ما يشتريه له الولى أو الوصى ، فيجب فى مال الصغير ويؤديه وليه أو وصيه نيابة عنه .

(د) الغرم المالى كضمان المتلفات التى يتلفها بفعله ، لأن الاموال والدماء معصومة فى دار الاسلام ، وعذر الصبى لايرفع عنه مسئولية التعويض المالى عملا بهذه القاعدة « الاعذار الشرعيـة لا تنافى عصمة

المحل » ، أى عصمة المال والنفس ، فلا يجوز أى يهدر شيء منهما ، وإنما تسقط العقوبة البدنية فقط عند قيام العذر المعتبر شرعا كالصبا والجنون . وقد اختلف الطرفان وأبو يوسف فيما لو أتلف الصبى ما اقترضه ، أو ما أودع عنده بلا إذن وليه ، أو ما أعير له ، أو ما بيع له بلا إذن ، فقالا لا يضمن ، لأن الضمان فى هذه الصورة ضمان عقد ، والصبى ليس من أهل الزام ضمان العقود ، وقال أبو يوسف يضمن ، لأن الضمان فى هذه الصورة ضمان فعل ، والصبى من أهل الزام ضمان الافعال ، فنشأ الخلاف من اختلاف وجهة النظر . والراجح قول أبي حنيفة ومحمد ، لأن المالك هو الذى سلط الصغير على اتلاف ماله بتسليمه اليه وتمكينه منه ، وهو ليس أهلا لذلك (أنظر الدر ورد المحتار) .

(هـ) الصلة التى تشبه المؤونة كنفقة الأقارب ، فان القاعدة الكلية لذلك هى أن غنى الاسرة ينفق على فقيرها بالشروط المبينة فى نظام النفقات ، سواء أكان الغنى صغيرا أم كبيرا ، عاقلا أم مجنونا ، والفقير كذلك ، واعتبر الشرع نفقة الغنى على أقاربه الفقراء بما يدفع حاجتهم بمنزلة نفقته على نفسه ، وهذا صنيع حسن جدا يقضى به تضامن الاسرة كلها ، وبمراعاة ما اشترطه الفقهاء لذلك فى كل من المنفق والمنفق عليه تستقيم الحال (انظر كتابنا نظام النفقات)

(و) الصلة التى تشبه الاعواض كنفقة الزوجة ، فأنها تشبه الاعواض من جهة أنها وجبت على الزوج فى مقابلة احتباسه لزوجته ، أى جعلها خاصة به دون غيره ، ولذلك سقطت عنه نفقة زوجته الناشزة « أنظر

أحكام نفقة الزوجة » .

وللصغير إذا لم يكن ذا مال على أبيه أو أقاربه حق النفقة والأرضاع والحضانة والصيانة ، وكل ما يحتاج اليه لقوام حياته على ماهو مبين فى أحكام الأحوال الشخصية

ويقوم وليه أو وصيه نيابة عنه بايفاء واستيفاء كل ماله وعليه من الحقوق المالية ، ومباشرة العقود والتصرفات المأذون بها شرعا ، حتى تزول عنه سلطة كل منهما ، على ماهو مبين فى موضعه

(تنبيه) إذا أسلمت زوجة الصبي غير المميز فلا يفرق بينهما ، بل ينتظر بلوغه سن التمييز ، فيعرض عليه الاسلام حينئذ ، فان أسلم بقيت الزوجية ، وإلا فرق بينه وبين زوجته .

الدور الثالث من سن التمييز إلى البلوغ

إذا ترقى الصغير عن اولى درجات الصغر إلى ما بعدها ، وظهر فيه شيء من آثار العقل ، فقد أصاب بذلك نوعا من أهلية الاداء ، لكن لكون عقله لا يزال ناقصا لم ينضج بعد ، عومل فى التزاماته وتصرفاته القولية معاملة وسطا بين الصغير غير المميز والبالغ العاقل ، وبقيت مؤاخذته البدنية على ما كانت عليه من قبل رحمة بصباه ، ولم يكاف شيئا من العبادات لضعف بنيته ، لكن لمكان تمييزه صح ايمانه وردته وما يترتب عليهما ، من الاحكام الدنيوية وقد قسموا معلاملاته بناء على هذا إلى ثلاثة أقسام

الاول ما كان ضارا به ضررا محضا، كأن يهب ماله، أو يطلق امرأته، أو يعتق عبده، أو يقرض ماله لغيره، أو يتصدق به: أو يقفه، أو يكفل عن غيره؛ فانه لا يملك شيئا من ذلك ولا أشباهه لما فيه من الضرر المحض له؛ وكذا لا يملكه عليه غيره إلا القرض، فقد قالوا إن القاضى يملك اقراض مال اليتيم صونا لذلك المال من الضياع وهو خير له من ايداعه، لان الوديعة اذا هلكت وهي في يد المودع بدون تعد ولا إهمال منه فى حفظها فانها تهلك أمانة: فلا تضمن بخلاف مال القرض فانه مضمون على كل حال وبما للقاضى من السلطة لا تخشي علي مال القرض من الضياع (١)

الثانى ما كان نافعا له نفعا محضا، مثل قبول الهبة والصدقة فهذا النوع من التصرفات يصح منه؛ وتكفى فيه أهليته القاصرة. ومن الاشياء التى اعتبروها نافعة نفعا محضا للصبي المميز ما اذا أجر نفسه ومضى فى العمل حتى أتمه، وكان ذلك بدون إذن وليه، فأنه يجب له

(١) قد عنيت المجالس الحسبية عندنا عناية عظيمة بالمحافظة على أموال القصر وعديمي الاهلية، فأصدرت وزارة الحقانية منشورات متعددة بشأن إيداع الزائد من أموال هؤلاء على نفقاتهم اما في صندوق التوفير بالبوستة وإما فى أحد المصارف المضمونة مع استثمارها بالطرق المشروعة والغرض من ذلك هو الغرض من اقراض القاضى مال الصغير وزيادة «انظر مجموعة منشورات المجالس الحسبية». وقد منعت المادة الثانية والعشرون من قانون المجالس الحسبية الحالى الاوصياء من اقراض واعارة وهبة أموال من هم في رصايتهم. وهذا المنع موافق لما قاله فقهاء الشريعة.

الاجر استحسانا ، وذلك لانه بعد اتمام العمل لا يمكن رده وابطاله وعلى ذلك تصير الاجرة نفعامحضاله وان كان عقد الاجارة فى ذاته غير صحيح قياسا لما فيه من الضرر الذى يلحق الصغير بسبب قيامه بالعمل فكان الامر موقوفا على إذن الولى أو الوصى لترجيح الصالح للصغير وكذلك يصح أن يكون الصبي المميز وكيلا عن غيره فيما لا يملكه الصبي لنفسه ، كان يوكله رجل بالغ عاقل بطلاق امرأته أو اعتاق عبده كما يجوز توكيله فى أمور التجارات ونحوها بدون أن يلزمه عهدة من مطالبته بتسليم المبيع ، والمطالبة بالثمن ، والمخاصمة فى العيب ، ونحو ذلك وإنما صححوا توكله فى هذه التصرفات لما فيه من التمرين له على ممارسة التعامل مع الناس فى ضروب المعاملات المختلفة ، فبذلك يهتدى إلى وجوه التصرفات ، ويدرك المنافع من الضار بالقدر الممكن له ، وهذا نفع محض له متى خلا من العهدة لكنهم نصوا على أن الولى لو أذنه بالتوكل لزمته العهدة ؛ وذلك لان قصور رأيه اندفع باذن الولى فصار أهلا للزوم العهدة . هذا وقد قال الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » أى اختبروا عقولهم ، وتعرفوا أحوالهم ومعرفتهم يالتصرف قبل البلوغ ، حتى إذا تبينتم منهم رشدا ، أى هداية ، دفعتم اليهم أموالهم ومن هنا جاء الاذن للصبى المميز بالتجارة (١)

---

(١) جاء فى المادة (٢٩) من قانون المجالس الحسبية أن الوصاية أو الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا قرر المجلس

الثالث ما كان دائراً بين النفع والضرر كالبيع والاجارة والنكاح فان هذه الاشياء وأمثالها قد يكون فيها نفع وربح وفائدة للصغير

استمرارها ، ومع ذلك فتى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ، ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته والتصرف فيه ، والايجار لمدة لاتتجاوز سنة،وزراعة أطيانه،وإجراء مايلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة . ويعتبر القاصر رشيدا بالنسبة إلى هذه التصرفات ، ويبقى قاصرا فيما عداها ، ويستمر الوصى فى أداء عمله بالنسبة اليها . وفى المادة (٣٠) انه يجب على القاصر الذى لم يمنع من التصرف أن يقدم للمجلس فى آخر كل سنة ، وعلى الاكثر فى ٣١ مارس من السنة التالية ، حسابا عن ادارته وتصرفاته . وفى المادة (٣١) أنه يجوز للمجلس أن يمنع القاصر من التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٢٩) إذا أساء التصرف ، أو قامت أسباب صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك، ويكون المنع بناء على طلب الأب أو الجد أو الأم أو الوصى أو المشرف ، أو بناء على طلب النيابة العمومية . ولا تفصل فى طلب المنع إلا بعد تحقيق تسمع فيه أقوال القاصر وطالب المنع اهـ .

وجاء فى المذكرة الايضاحية فى تعليل ذلك أن الغرض هو جعل الفترة مابين سن الثمانى عشرة والحادية والعشرين مدة تجربة واختبار وتدريب للقاصر ، وأن لذلك فائدتين ، زوال كل خوف من العبث برأس المال ، وأن يكون المجلس على علم تام بأحوال القاصر بعد هذه التجربة حتى يقرر رفع الوصاية عنه فى سن الحادية والعشرين أو يقرر استمرارها اهـ

وهذا شبيه بما رآه الفقهاء فى الاذن للصبي بالتجارة ، والحجر عليه بعد ذلك إذا أساء فى التصرف ، أو عدم الحجر عليه اذا استبان رشده

المميز ، وقد يكون فيها ضرر وخسارة . وهذا النوع من التصرفات يملكه الصبى المميز باذن الولى أو الوصى . وكذلك يجوز وينفذ باجازة أحدهما ، لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ؛ بشرط أن تستوفى الاجازة شروطها ؛ وألا يكون فى التصرف غبن فاحش لوقوعه حينئذ باطلا

(تنبيه) . إذا باع الصبى المميز غير المأذون له ماله بأكثر من قيمته لا ينفذ بيعه بل يتوقف على اجازة وليه أو وصيه ؛ ولا يقال ان فى هذا البيع نفعا ظاهراً فينبغى أن ينفذ بلا اجازة ، لأن العبرة فى كل تصرف باصل وضعه ؛ لا بما عرض له فى حادثة جزئية باتفاق الحال ، والبيع من حيث هو متردد بين الربح والخسارة ؛ بخلاف اعطاء الهبة فانه تضييع للمال مجانا فى كل صورة بحسب أصل الوضع وبخلاف أخذ الهبة وقبولها ؛ فانه استفادة للمال مجانا فى جميع الصور فالعبرة لنوع التصرف لا لأشخاص التصرفات الجزئية التى يحتويها (انظر التبيين وحاشيته وحاشية الطحطاوى على الدر) .

ومما تقدم تعلم أنه يجوز الاذن للصبى المميز بالتجارة تمرينا وتدريبا له فاذا أذن له ولى المال صح بيعه وشراؤه واجارته واستئجاره ومزارعته ومساقاته ورهنه وارتهانه واقراره بما يتعلق بتجارته وتوكيله غيره فيما يملكه هو ، وبالجملة يصح منه كل ما هو من شؤون التجارة واستثمار المال وما يجوز للتجار عادة ؛ لكن التبرعات ، مثل الهبة والاقراض والكفالة ، لا تصح منه . وتفصيل الأحكام فى كتب الفروع .

وفى هذا المقام مسألة خلافية بين الامام وصاحبيه ، وهى ما إذا باع الصبى المأذون له بالتجارة بيعا بغبن فاحش لغير وليه أو وصيه ، فعلى ماذهب اليه أبو حنيفة يصح هـذا البيع لأن الصبى لما صار مأذونا له بالتجارة التحق بالبالغ حكما ، وما كان يتراءى من نقص عقله انجبر باذن الولى له ، وأما أبو يوسف ومحمد فقدأبطلا بيعه بغبن فاحش لقصور أهليته قصورا حقيقيا ، والاذن لم يغير من حقيقته شيئا ، فكما أن بيع الصغير المميز بغبن فاحش لا يجوز أن يلحقه الاجازة باتفاق بل يحكم ببطلانه ، كذلك اذا كان مأذونا له بالتجارة ينبغى أن يكون حكم بيعه بغبن فاحش البطلان ، وقول الصاحبين هو الأظهر لما فيه من الاحتياط واليه ينظر ماجاء فى المادة الحادية والثلاثين من قانون المجالس الحسبية الحالى وأما بيعه لوليه أو وصيه بغبن فاحش فمذهب الصاحبين هو المتقدم ، وعن أبي حنيفة روايتان فى المسألة ، جواز البيع ، وبطلانه والمسألة مبسوطة فى أصول فخر الاسلام وشرحه

وقد اختلف الأئمة فى صحة وصية الصبى المميز ،فاجازها الشافعى وأهل المدينة فى وجوه البر ، لما فى ذلك من النفع المحض له بوصول ثواب الآخرة اليه ، ولا ضرر يلحقه فى ماله ، لأن الوصية لاتنفذ إلا بعد وفاته . وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا ببطلانها مطلقا ، لأن فيها اضرارا بوارث الموصى ، فكان فى العدول عن الارث الى الوصية ترك للأفضل ، لكن الوصية شرعت فى حق البالغ ليتدارك بها مافاته من التقصير فى واجباته ، ولم تشرع فى حق الصبى لعدم حاجته اليها لأنه غير مكلف . وانظر كتابنا التزام التبرعات ففيه الكفاية

والبلوغ يكون بالعلامات الدالة عليه ؛ وقالوا انها تبتدىء فى الغلام متى بلغ اثنتى عشر سنة، وفى الجارية متى بلغت تسع سنين ، فان لم تظهر علامات البلوغ فى هذه السن فانه يحكم ببلوغ الغلام متى بلغ خمس عشرة سنة ، وكذا ببلوغ الجارية على القول المفتى به ، وتعتبر المسافة من اثنتى عشرة الى خمس عشرة بالنسبة للغلام ؛ ومن تسع الى خمس عشرة بالنسبة للجارية سن مراهقة ؛ أى مقاربة من البلوغ . وعن أبي حنيفة روايات أخرى فى سن البلوغ اذا لم تظهر العلامات فقيل فى الغلام ثمانى عشرة أو تسع عشرة سنة وللجارية سبع عشرة سنة (انظر التبيين) . والمذكور فى الكتب الطبية أن البلوغ تختلف سنه باختلاف الاوساط ففى البلاد الحارة يأتى مبكرا ؛ وفى البلاد الباردة يجىء متأخرا ؛ حتى انه قد لاتظهر العلامات إلا بعد ثمانى عشرة سنة، وقد يبكر الحيض فى أحوال شاذة قبل تسع سنين

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التكليف البلوغ سواءأ كان بالسن أم بالعلامات ، وبه تنتهى الولاية على النفس والمال جميعا (١)

(١) نصت المادة التاسعة والعشرون من قانون المجالس الحسبية على انتهاء الوصاية والولاية ، متى بلغ سن القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا قرر المجلس استمرارها اه . وعلى ذلك فانتهاء الولاية والوصاية عند بلوغ القاصر هذه السن ثابت بحكم القانون ، فان أريد مد المدة فلا بد من قرار جديد . وأبو حنيفة يقول اذا بلغ الصغير خمسا وعشرين سنة انتهت الولاية المالية عليه سواء أنس منه الرشد أم لا ، ويعتبر كأنه رشيد حكما متى بلغ هذه السن فيسلم اليه ماله حتما ولايجوز الحجر عنده على البالغ الا بسبب العته أو الجنون وقال الجمهور والصاحبان منهم : ينبغى

ويتوجه الخطاب الشرعى كاملا . لكن لاحظت بعض الدول الاسلامية كالدولة المصرية ؛ أن من المصلحة ألا يعجل اعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه الشرعى ؛ بل لابد من الانتظار حتى يبلغ أشده ، كما أنهم رفعوا سن التمييز على حسب ماتراءى لهم من مقتضيات المصالح

وجاء فى الفصل الخامس من مجلة الالتزامات التونسية أن الصغير

ألا يسلم مال الصغير اليه بمجرد بلوغه بل ينتظر حتى يؤنس منه الرشد ، أخذا بقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم » ، فعلق دفع المال على ايناس الرشد ، فما لم يؤنس الرشد فلا يدفع إلى السفيه ماله مهما بلغت سنه — وسيأتى تتمة الكلام فى ذلك فى « السفه » واذا لابد من ابتلاء اليتيم أى اختباره لنبين حقيقة أمره من رشد أو سفه ، قالوا وكيفية اختبار اليتيم تكون بأن تفوض اليه التصرفات التى يتصرف فيها أمثاله ، فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء ، فان تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع مافى يديه فهو رشيد . وان كان من أولاد الامراء والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الاسواق دفعت لهم نفقة مدة لينفقها فى مصالحه ، فان صرفها فى موضعها ، واستوفى على وكيله ، واستقصى عليه ، فهو رشيد ، والمرأة يفوض اليها مايفوض الى ربة البيت من الشؤون المنزلية اللائقة بامثالها ، فان وجدت ضابطة لما فى يدها مستوفية من وكيلها فهى رشيدة اه . بتصرف لفظى قليل من تقرير الرافعى عن شرح الوهبانية للمصنف . ومن لطيف مارأيته من ذلك ماحكاه فى أدب الاوصياء عن الخلاصة أنه جاء الى القاضى شداد بن حكيم البلخى رجل ومعه صبى ، فقال : أنا وصى هذا الصبى ، وقد أدرك ، أفلا أرد اليه ماله ؟ قال شداد : حتى يؤنس منه الرشد ، فذهب ثم عاد وقال : أردت أن أتخذ له قميصا فابى وقال : إن هذه الايام أيام العيد ، والخياط يطلب لذلك اجرا كثيرا ، فقال شداد رحمه الله . ادفع اليه ماله فانه قد صلح اه

الذى لم يبلغ اثنتى عشرة سنة كاملة ليس له التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليه ، كالرشيد الذى اختل شعوره بما أخرجه عن الادراك .
وجاء فى الفصل السادس والثامن أن الصغير الذى عمره بين اثنتى عشرة سنة وثمانى عشرة سنة له أهلية مقيدة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه ، وأن العقد لا يلزم إلا باجازة الأب أو الولى . وفى الفصل السابع أن من تجاوزت سنه ثمانى عشرة سنة يعتبر رشيدا ، لكن الأنثى تبقى فى قيد الحجر الى مضى عامين من تاريخ تزوجها . (١)

وفى قوانين مجالسنا الحسبية كانت سن البلوغ ثمانى عشرة سنة هلالية ، ثم رفعت إلى إحدى وعشرين سنة شمسية فى قانون ١٣ اكتوبر

---

(١) سن البلوغ فى مذهب الامام مالك على القول المشهور ثمانى عشرة سنة ، لكن الانثى لا يفك عنها الحجر الا إذا تزوجت ودخل بها زوجها ومضى على ذلك زمن قدر فى بعض الاقوال بعامين . وعلى هذا جاءت مادة المجلة . ومن المعلوم فى مذهب مالك أيضا أن الزوجية من أسباب الحجر على الزوجة فيما زاد على ثلث مالها فان تبرعت بالثلث فلا يجوز لها أن تتبرع بشىء من الباقى بدون إذن زوجها إلا بمد عام أو ستة أشهر ، على الخلاف فى ذلك (انظر منح الجليل) ، ومذهب الليث بن سعد فقيه مصر الحجر على الزوجة فى كل مالها ، فلا يجوز أن تتبرع بشىء منه بدون اذن زوجها إلا شيئا تافها . والاصل فى هذا ما رواه أحمد والنسائى وأبو داود عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبى ﷺ قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا باذن زوجها اه فاستثنى الليث الشىء التافه لما جرت به العادة ، واستثنى مالك الثلث لانه رآه قليلا ، وخالفهما الجمهور واولوا الحديث . والمسألة مبسوطة فى نيل الاوطار

سنة ١٩٢٥ ؛ وجاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه :

من التعديلات المهمة التى أدخلها المشروع على التشريع الحالى رفع السن التى تنتهى فيها الولاية أو الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى إحدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت اليه التجربة فان الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحددة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الاحوال الاجتماعية الحاضرة فان غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلى الخبرة بالحياة العملية أضف إلى ذلك ما يحيط بالشاب الصغير من دواعى الاغراء بالاسراف والتبذير . وقد شوهد فى كثير من الاحوال أن شبانا رفعت عنهم الوصاية وسلمت اليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاما فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن . لهذا رأت الوزارة رفع السن التى تنتهى ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين .

وقال المرحوم فتحى زغلول باشا فى شرحه للقانون المدنى ما نصه :

المولود يولد فاقد الاهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ؛ إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الافعال التى تصدر عنه ، أو التى يتعمد فعلها تقديرا صحيحا ؛ ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له الخبرة حتى يؤمن على مباشرة أشغاله وادارة أمواله بنفسه .

ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا

فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافاً كبيراً . إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهى اليه حال الانسان ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية

والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن . فمنها ماجعله اثنتى عشرة سنة للأنثى وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومان فى البداية منذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ماقد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الابطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العنايات كلها

فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الانسان ، وامتدت أطماعه الى أبعد من داره وعشيرته ، ووهى رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجيل باقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها ، فجعله خمسا وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصرت على تسع عشرة سنة . واختار القانون المصرى سن الثامنة عشرة حدا فاصلا بين الصغر وبلوغ الرشد ، فقضى بانتهاء الوصاية اذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره ، إلا إذا قرر المجلس الحسبي استمرارها

«مادة ٨ لائحة المجالس الحسبية » اهـ . والآن صارت السن إحدى وعشرين سنة كما قدمنا آنفا

وأقول انه لا مانع من أن ترفع سن الرشد الى خمس وعشرين سنة ، بل ينبغى ذلك للملاحظات التى جاءت فى المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية سنة ٢٥ ، ولما قاله المرحوم فتحى زغلول باشا: فقد تعقدت المعاملات واجراءاتها ، وتشعبت الى شعب لا تكاد تحصى وقد تدهورت الأخلاق ، وكثر تفنن المحتالين فى سلب أموال الناس، فكان لابد من تدارك الأمر ؛ وهذا لاينافى الشرع الحكيم ، بل يوافقه كل الموافقة ؛ فقد قال الله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) ، فجعل المناط فى دفع أموال اليتامى اليهم هو إيناس الأولياء الرشد منهم ، والرشد هو الاهتداء الى وجوه التصرفات النافعة والضارة . وتعرفها تعرفا يقى الانسان من الوقوع فى الخسران ؛ وهذا يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الجماعات والاشخاص ؛ وقاعدة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر قاضية بذلك

بقيت هنا ملاحظة ينبغى ذكرها ، وهى سن البلوغ الشرعى على المفتى به خمس عشرة سنة ؛ وهو المعمول به فى محاكم مصر الشرعية لانها مقيدة بالعمل بأرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة ، مالم ينص على خلاف ذلك . وعلى هذا فانه يصح شرعا أمام هذه المحاكم تبرعات الصبي الذى تجاوزت سنه خمس عشرة سنة من وقف وهبة ووصية وتزوج بأضعاف مهر المثل ونحو ذلك مما هو محجور عليه فى قانون المجالس الحسبية ؛ كما يصح له أن يتزوج بدون تزويج الولى إياه وأن

يشهد وتقبل شهادته ، وإن يكون ناظر وقف ، وأن يكون وليا شرعيا على أولاده الذين يولدون له بعد الخمس عشرة سنة وقبل الحادية والعشرين الى غير ذلك . فهل تتقيد المحاكم الشرعية ، فيما يتعلق بالشؤون المالية . بما جاء فى قانون المجالس الحسبية . أو تتمسك بما جاء فى قانونها هى ولا تلتفت الى ما وراء ذلك ؟ الظاهر أنها تتقيد وإلا ضاعت الفائدة من المجالس الحسبية . فيجعل ما جاء فى قانون تلك المجالس من تحديد الاهلية وقيودها من متعلقات النظام العام الذى لا تجوز مخالفته . بل تكون باطلة من تلقاء نفسها . وإلا فلا معنى لان يمنع الشخص من تسلم أمواله . مع اطلاق التصرف له فيها من وقف ونحوه . فهذا تناقض ظاهر . لكننى أرى أنه لابد من نص صريح فى قوانين المحاكم الشرعية على هذا .

الدور الرابع

يبتدىء هذا الدور كما قلنا آنفا ببلوغ الانسان راشدا . والانسان فى هذا الدور تكون له أهلية كاملة . ويتوجه اليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من الايمان والعبادات وغيرها . وتصح التزاماته الشرعية كلها . لكن قد يعرض لاهليته ما يذهب بها كلها أو بعضها أو يغير بعض أحكامها . فوجب إذن الكلام فى عوارض الاهلية . ولأقتصر على ما يدعو اليه المقام .

عوارض الأهلية

العوارض جمع عارض ، أى أمر عارض ، أو جمع عارضة ، أى

خصلة عارضة ، مأخوذ من قولهم عرض له كذا أي ظهر له أمر يصده ويمنعه عن المضي على ما كان عليه . والفعل من باب ضرب . وبعض هذه العوارض يزيل أهلية الوجوب بالكلية ، وهو الموت ، أو بالنسبة لبعض الأحكام دون بعض ، كالجنون . وبعضها يزيل أهلية الأداء ، كالنوم . وبعضها لا يؤثر في شيء من الأهليتين ، لكن يوجب تغييرا في بعض الأحكام كالسفه . وسميت الامور التي لها تأثير في تغيير بعض الاحكام مع بقاء الاهلية عوارض لمنعها الاحكام التي تتعلق بالاهلية التامة من الثبوت وابطالها بطلانا كليا أو جعلها موقوفة على اجازة من له الاجازة .

وتنقسم عوارض الاهلية الى قسمين . عوارض سماوية ، وعوارض مكتسبة . فالعارض السماوي هو ماجاء من قبل صاحب الشرع بدون اختيار للانسان فيه ، والمكتسب هو ما كان لاختيار الانسان فيه مدخل .

وقد عدوا الصغر من العوارض السماوية ، فقيل كيف يكون الصغر عارضا وهو ثابت للانسان بأصل الخلقة ؟ وأجيب عن ذلك بأن الصغر ليس من لوازم ماهية الانسان . والمراد بعوارض الاهلية الحالات التي تكون منافية للأهلية ، وليست هي من لوازم الانسان من حيث هو انسان ، فهذا هو الذي نعنيه .

ولكني لم أذكر الصغر في العوارض اكتفاء بما تقدم في أدوار الأهلية منعا للتكرار بدون فائدة .

وهاك الكلام فيما نحتاج إلى معرفته من العوارض .



العوارض السماويه

الجنون والعته

من الامور الثابتة أن الانسان قد يولد مجردا من العقل بالكلية كالذى يولد أكمه فاقدا حاسة البصر ، وقد يولد ومعه عقله ، ولكن يعترضه مايقف العقل عن سيره فى أول أدوار حياته ، أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الزمن وقد يولد سليم العقل ، ويساير عقله جسمه فى نموه حتى يبلغ رشيدا ، ثم يؤاف عقله بمرض يذهب به كله أو بعضه أو يذهب به فى بعض الازمنة دون بعض [1] ، فأى شىء نسمى

---

(١) جاء فى كتاب مقياس الذكاء للدكتور الفاضل حسن عمر : ان ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض ينتاب المخ كالجنون ، اذ المجنون شخص اعتراه مرض أثر فى مخه فتغير هذا الشخص عن حالته الطبيعية ، وحصل له اضطراب فى قواه العقلية كلها أو بعضها .أما ضعيف العقل فهو ذلك الشخص الذى نما مخه نموا طبيعيا الى حد ما . ثم وقف عند هذا الحد ووقف هذا النمو يعترى الطفل منذ حياته الاولى الى أن يبلغ الثانية عشرة هذا اذا كان ضعف العقل ناشئا عن حالة وراثية ، ورثها الولد عن والده ،فاذا وصل ولد الى الثانية عشره من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو مالم يعترضه عارض خارجى يؤثر فى نمو عقله . فضعيفو العقول ينقسمون إلى طبقات ثلاثة :

(١) ضعيفو العقول من المرتبة الدنيا ، وهم الافراد الذين ليس فى مقدورهم أن يعملوا عملا ، فهو والطفل الذى بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعيفو العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الأفراد الذين يستطيعون أن يتعلموا قليلا ،[وأن يعملوا مايكلفونه من أعمال تعلموها وأرشدوا اليها ، أو دربوا عليها من غير أن يتصرفوا فى عملهم أدنى تصرف وادراكهم كادراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة ،

هاتين الحالتين ؟ جاء فى الكتب الفقهية لفظان لذلك : هما الجنون والعته : لكن لم يبينوا للناس أهما حقيقة واحدة تحتها نوعان ، أم هما حقيقتان متغايرتان ؟ فقد اختلفت عباراتهم فى ذلك اختلافا عظيما ، فالظاهر مما قاله علماء الاصول أنهما متغايران ؛ وكذلك الشأن فى كتب الفروع : لكنهم صرحوا فى بعض الفروع بأن العته نوع من الجنون وفسروه به فى بعض المواضع . كذلك صرح علماء الاصول بأن حكم المعتوه كحكم الصبي المميز لكن فى بعض الفروع مايدل صراحة على أن من العته مالا يدرك صاحبه كالصبى غير المميز : ومنه مايكون معه نوع ادراك كالصبي المميز : وفرق فى التبيين بين الجنون والعته بأن الاول يصحبه اضطراب وهيجان : والثانى يلازمه الهدوء والحقيقة واحدة . ولذلك أقول :

---

(٣) ضعيفو العقل من المرتبة العليا ، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعليم الابتدائى ويتصرفون تصرفا قليلا فيما يوكل اليهم من الأعمال ، وادراكهم يعادل ادراك صبي تتراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة اهـ . أقول ان الانسان فى هذه الحالات الثلاث يكون معتوها لامجنونا ، وكذلك إذا مسه ضعف فى عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأضعف إدراكه وأثر فى مخه ، وأما المجنون فهو ماصاحب عدم ادراكه الكلى أو الجزئى اضطراب ، على مااختاره فى التبيين ، وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين ، معتوه غير مميز ، ومعتوه مميز ، وأنه فى حال عدم التميز يلحق بالمجنون فى كل أحكامه ، وفى حالة التميز يلحق بالصبى المميز ، وهذا هو الموافق للفروع الفقهية المروية ، غير أنه يلاحظ أن المعتوه إذا أطلق فى الكتب الشرعية يراد به غالبا من هو فى درجة الصبى المميز .

ان فاقد العقل: أو ناقصه ، أو مختله . سواء أ كان هذا الوصف ثابتا له فى أوائل حياته من وقت ولادته أو بعدها . أم كان طارئا عليه بعد بلوغه عاقلا ان كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحا ، وإن كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون . وأن المعتوه قسمان : مميز . وغير مميز . هذا هو الذى يؤخذ من كلامهم . ولولا خوف الاطالة لذكرت كل ما يشهد لما أقول « انظر أصول فخر الاسلام . وشرحه والتبيين . والفتاوى الهندية . ورد المحتار » . وبالجملة فالعته ضعف العقل والجنون اختلاله .

أحكام الجنون

للمجنون أهلية وجوب . كأهلية الصبى غير المميز تماما . وأحكامهما واحدة فى كل شىء ، فكل المطلوبات المالية التى تجب على الصبى غير المميز تجب على المجنون . والعقوبات البدنية منتفية عنه كلها . ولا يحرم من الميراث إذا قتل مورثه . ولا تلزمه تبعة بفعل غيره . وجميع تصرفاته القولية باطلة بطلانا كليا فلا تصح له عبارة أصلا . ولا يبنى عليها أى حكم من الاحكام . غير أنه إذا أسلمت زوجته فان الاسلام يعرض على أحد أبويه . ولا تنتظر افاقته . بخلاف الصبى غير المميز وقالوا فى الفرق بينهما ان بلوغ الصبى سن التمييز آت لا محالة . اذ له وقت معلوم . وأما افاقة المجنون فليس لها وقت معلوم . وقد لا تكون . فلا معنى للانتظار .

وقد يكون الجنون متقطعا غير مستوعب لكل الاوقات . فيصيب الشخص فى بعض الاحايين . أو فى بعض الاحوال دون

بعض . فأحكامه فى حالة جنونه هى الاحكام المتقدمة . وأما فى حالة افاقته وزوال الجنون عنه بالكلية فان تصرفاته تكون نافذة لانه عاقل بالغ ، وان لم تكن إفاقته تامة ، بل كان يعقل بعض الأشياء دون بعض فتصرفاته فى حكم تصرفات المعتوه . هذا وقد جاء التعبير فى بعض معتبرات كتب المذهب « بالمجنون المغلوب » فقيل فى تفسيره انه هو الذى لايفيق أصلا ، سواء أكان جنونه كليا أو جزئيا ويقابله من يجن تارة ويفيق أخرى . وقيل هو الذى لايعقل أصلا ، أى من كان جنونه كليا ، ويقابله من يعقل بعض الأشياء دون بعض . وقد يقال لجنونه انه مطبق ، أما باعتبار استيعابه كل الأوقات ، واما لكونه جنونا كليا لا يعقل صاحبه شيئا هذه هى الخلاصة نقية صافية وانظر التبيين وحاشيته والهداية وشروحها ورد المحتار .

أحكام العته

ان كان المعتوه فى ادراكه كالصبى المميز ، فحكمه حكم الصبى المميز وإن كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبى غير المميز ، على التفصيل المتقدم .

قال فى الفتاوى الهندية : المعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا باذن الأب والوصى والجد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبى ، كذا فى خزانة المفتين . وان كان المعتوه لا يعقل البيع والشراء فأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة لا يصح ، كذا فى المبسوط اه .

وإذا أسلمت زوجة المعتوه فان كان مميزا عرض عليه هو الاسلام

كما يعرض على الصبي المميز ، وإن كان غير مميز عرض الاسلام على أبيه ، كما يعرض على أبي المجنون ، وهذا لأن العته كالجنون لا حد له بخلاف الصغر ، وقد نص على ذلك فى شرح أصول فخر الاسلام، وقال بعد ذلك : ان العته يشابه الجنون ، وقال قبل هذا بصفحة ان العته نوع جنون .

أقول : وبالجملة لا ينبغى أن يبت فى أمر ضعيف العقل ومختله حتى يمتحن ويتحرى أمره ، ثم يطبق عليه من الاحكام مايليق به على البيان المتقدم ، وهذا هو القول الفصل فى هذه المسألة .

السكر :

السكر معروف ، وقد قيل فى تعريفه انه سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الاسباب الموجبة له : فيمنع الانسان عن العمل بموجب عقله لكن يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يتناول السكر فى جميع أحواله ، إذ بعض السكر لا يصحبه سرور ، كالذى يحصل من تناول بعض الادوية ، ولذا عرفه بعض العلماء بأنه غفلة تلحق الانسان مع فتور فى الاعضاء بمباشرة بعض الاسباب الموجبة لذلك من غير مرض وعلة . وقيل هو غيبة العقل أو مغلوبيته من تناول خمر أو ما يشابه الخمر . والسكر لا يثبت شرعاً إلا إذا اختلط كلام السكران وغلبه الهذيان ، وقد يرتقى الحال معه فيصبح لا يعرف الارض من السماء ، ولا الرجل من المرأة .

وأقول : قد اختلف نظر علماء الشريعة الاسلامية فى أحكام ما يصدر عن السكران من قول أو فعل : فنظر فريق منهم إلى

السكر فى ذاته فرأى أن ينافى استقامة القصد، وصحة الارادة، فحكم بأبطال تصرفات السكران ولم يرتب آثارها عليها لفقدان ركنها أو شرطها، ولم يفرق بين سكر وسكر إذ حقيقة السكر واحدة لا تختلف باختلاف الطرق المؤدية اليه، والاحكام الشرعية يجب أن ينظر فيها إلى حالة المتصرف فى ذاته. وهذا القول فى نظرى هو الاظهر. قال الامام ابن القيم رحمه الله: الصحيح أنه لا عبرة بأقوال السكران من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف وإسلام وردة وإقرار الخ، لكنه مؤاخذ بضمان ما أتلفه وبجناياته (راجع أعلام الموقعين).

ونظر فريق منهم وهم الاكثر الطريق المؤدى إلى السكر، فان كان مباحا كسكر المكره بأكراه ملجىء، وسكر المضطر، وسكر من شرب دواء فسكر به، فالسكران معذور شرعا، فلا يقام عليه الحد وتلغى جميع تصرفاته من طلاق وعتاق وبيع الخ ويعتبر السكران فى هذه الحالة كالنائم والمغمى عليه فى أحكام التصرفات لقيام عذره، وانتفاء قصده.

وإن كان محظورا، كأن يشرب الخمر ونحوها طائعا مختارا غير مضطر ولا مكره فيسكر، فان تصرفاته كلها تنفذ عليه عقابا وزجرا له فيقع طلاقه ويصح بيعه الخ. وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله: لكن الطحاوى والكرخى من أئمة المذهب قالا بعدم وقوع طلاق السكران، ونقل ابن القيم أنه رواية عن أبي يوسف وزفر، وأن الشافعى نص على وقوع طلاقه، وأن لبعض أصحابه قولا

بطريق الاستنباط بعدم وقوعه.

وأما أفعال السكران فان كانت موجبة للضمان المالى فانه مؤاخذ بها مطلقا، كمؤاخذة النائم والمغمى عليه ؛ وإن كانت موجبة للعقوبة البدنية كالحد والقصاص ، فان كان السكر بمباح فلا عقوبة لانتفاء القصد وعدم ارتكابه المحظور (انظر رد المحتار)، وإن كان السكر بمحظور فلا تسقط عنه العقوبة زجرا وتأديبا له ، فاذا قتل وهو سكران قتلا موجبا للقصاص اقتص منه ؛ وإذا زني أقيم عليه الحد إذا صحا ؛ ويصح اقراره ولو بما يوجب القصاص فيؤاخذ به إذا أفاق ، غير أن اقراره بالحدود الخالصة ؛ كأن يقر بالزني أو بأنه شرب طائعا مختارا فسكر ، أو بأنه سرق ؛ فلا يؤاخذ باقراره بها لأن حالته مضطربة غير ثابتة فيكون فى اقراره شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، غير أنه يؤاخذ بالسرقة بالنسبة للمسروق منه ، لأنه حق العبد ، وحقوق العباد لاتسقط بالشبهات . وكذلك ردة السكران لاتصح استحسانا لعدم لعدم ثباته ؛ فلا تبين منه امرأته ، لكن اسلامه يصح اكتفاء بعمل لسانه وحرصا على ضمه إلى جماعة المسلمين . وإذا قذف انسانا وهو سكران أقيم عليه الحد إذا أفاق ، لعدم جواز الرجوع فى ذلك رعاية لحق العبد .

قال فى شرح المصنف على المنار: فى شرح أصول فخر الاسلام : الاصل أن القدرة إذا عدمت بآفة سماوية « كالجنون والعته » لم يبق مخاطبا ، إذا لو بقى مخاطبا لكان تكليف ماليس فى الوسع ، وهو مردود بالنص . وان عدمت بمعنى من جهة العبد بقى مخاطبا ؛ ويجعل قدرته

باقية زجرا وتنكيلا ؛ فاذا كان سبب السكر معصية لم يعد عذرا فلا يوضع عنه الخطاب ؛ وتلزمه أحكام الشرع اهـ

أقول : ويؤخذ من التعليل أن السكر اذا كان من مباح فهو عذر، وعليه فلا تعتبر القدرة باقية ، كما لو كان زوالها بآفة سماوية ؛ على أنهم قد صرحوا بهذا فيما لو كان السكر ناشئا عن الأشربة المباحة مطلقا كالمتخذة من الحبوب والفواكه التي لا تتعاطى للتلهي بل للتقوية والتغذى (وانظر تفاصيل ذلك فى أصول فخر الاسلام وشرحه ؛ وفى كتاب الأشربة من الكتب الفقهية) .

تنبيه : أصبح طلاق السكران لا يقع عندنا عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ؛ وأقول يجب أن يكون هذا قاصرا على السكران الذى يكثر هذيانه والاختلاط فى كلامه ، وأما الذى يتناول المسكر ولا يهذى ولا يخاط فى كلامه لقلة ما تناوله أو لتعوده حتى صار لا يتأثر بما تناوله ؛ فهذا تصح كل تصرفاته ويقع طلاقه ، لأنه لا ينطبق عليه حد السكران ، ولا شرط السكر ؛ بل هو فى الحقيقة صاح « انظر رد المحتار فى طلاق السكران »

السفه :

هو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ؛ لكنه غلب فى اصطلاح الفقهاء على تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وأصل المسامحات فى التصرفات ؛ والبر والاحسان مشروع . لكن الاسراف حرام . ولو فيما أصله خير محض ؛ كبناء المساجد والمدارس

والملاجىء ونحوها . فالسفه كما يكون فى الشر يكون فى الخير أيضا والواجب هو الاعتدال والقصد فى كل التصرفات لئلا يؤل الامر الى اضرار الانسان بنفسه ثم بغيره . قال تعالى : (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا . وكان بين ذلك قواما)

والسفه لاينافى الاهلية بنوعيها . اذ عقل السفيه غير مؤوف . لكنه مغلوب بهواه . والدليل على ذلك انه مكلف بالعبادات من صلاة وصوم وحج وزكاة . ومؤاخذ بجناياته بالاجماع . وكان من مقتضى هذا ألا يمنع ماله عنه . وألا يحجر عليه فى التصرفات شأن كل مكلف تام الاهلية . لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عليه فى التصرفات المالية التى تضره ، وبألا يسلم ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد . وخالفهم أبو حنيفة فى بعض ذلك . وهاك جملة القول فى هاتين المسألتين .

تسليم مال السفيه اليه :

اذا بلغ الصبى سفيها منع عنه ماله . فلا يسلم اليه شىء منه . قال تعالى . (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما) . أى لاتعطوا المبذرين والمسرفين أموالهم التى فى أيديكم وأنتم قوامون عليها بالحفظ والتصرف فيها لمصلحتهم [1] . ثم قال (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) . أى ان عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا فى العقل وحفظا للمال فاعطوهم أموالهم فقال أبو حنيفة : ان منع المال عن مالكه بهذا النص اما حكم غير معقول المعنى . اذ مالك المال انسان حر بالغ

(١) للآية تأويلات أخرى مفصلة فى مطولات كتب التفسير والأصول والفقه .

عاقل مكلف بكل التكاليف الشرعية ولم يسقط عنه شيء من الواجبات فكيف يمنع عنه ماله . واما أن يكون منع ماله عنه تأديبا له . والانسان في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه من زمان الصبا لكن بعد تطاول الزمن به لابد من أن يستفيد رشد اما بطريق التجربة والامتحان. فحسبه حبس ماله عنه حتى تصل منه الى خمس وعشرين سنة . فاذا بلغ هذه السن فلا بد أن يكون حصل له نوع رشد . والشرط رشد نكرة . فيتحقق بأدنى مايطلق عليه اسم الرشد وحينئذ يجب أن يسلم ماله اليه وكفاه عقوبة . ولا مخالفة في ذلك للنص كما علمت . وقال أبو يوسف ومحمد لا يعطى السفيه ماله حتى يتحقق رشده . ولو بلغت سنه سبعين أو تسعين سنة . لأنه تعالى علق الايتاء بايناس الرشد فلا يجوز قبله . ولا يلزم من بلوغ السفيه سنا معينة أن يؤنس منه الرشد . بل لابد من وجود الرشد حقيقة في أية سن كانت :

وعلى هذا الخلاف فيما اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها . فأبو حنيفة لا يرى منع ماله عنه خلافا لصاحبيه .

الحجر على السفيه .

قال أبو حنيفة لا أحجر على السفيه بل أعتبر تصرفاته صحيحة نافذة كغيره من سائر العقلاء . وذلك لأن النص انما ورد بمنع ماله عنه لا بالحجر عليه في التصرفات .

قال الصاحبان : أى فائدة في منع ماله عنه مع اطلاق التصرف له . فهو يتلف بلسانه مامنع من تناوله بيده : فيهب لمن يشاء ويبيع

ويحابى من يشاء . وهكذا فلأجل تمام النظر يجب الحجر عليه كما يجب منع ماله عنه . قال أبو حنيفة . ان السفيه إنما يتلف ماله عادة فى التصرفات التى لاتتم الا باثبات اليد على المال كالضيافات والهبات فاذا كانت يده مقصورة عن المال فلا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فحصل المقصود بمنع المال عنه وان كان لايحجر عليه وأما قياس الحجر على منع المال فهو قياس الأعلى على الادنى . إذ غاية منع المال عنه ابطال نعمة زائدة ، وهي اليد والحاقة بالفقراء ، والفقر لاينافى الاهلية ولا الانسانية ، أما الحجر عليه فهو إلغاء عبارته بعدم ترتيب آثارها عليها وفى هذا ابطال ولايته وأهليته والحاقه بالبهائم ، وتجريده من نعمة أصلية هى أكبر النعم وأجلها ، وهى البيان الذى امتاز به الانسان عن سائر الحيوان قال تعالى : « خلق الانسان ، علمه البيان » ؛ فلئن جاز الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة اليد عنه وهى نعمة زائدة والحاقه بالفقراء لتوفير النظر عليه – لا يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية والحاقة بالبهائم من أجل النظر له

قال الصاحبان : اننا نقول بالحجر على السفيه لأجل النظر له وللناس كافة أما النظر له فلأنه لم يخرج بسفهه عن كونه أخالنا وله حق علينا ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر انما شرع بطريق النظر للمأمور والمنهى حقا له علينا ، وأما النظر للناس فلأن ضرر السفه يعود اليهم ، فان السفيه اذا أفنى ماله بالسفه والتبذير صار وبالا على الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة فى بيت المال ، والحجر على الحر لدفع ضرره عن العامة مشروع بالاجماع ، كما فى المفتى الماجن ، والطبيب

الجاهل ، والمكارى المفلس. وأيضا نحن اتفقنا جميعا على الحجر على الصبي ، والصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير منه ، والتبذير من السفيه محقق فيجب الحجر عليه نظرا له .

والحاصل أن على قول الصاحبين يحجر على السفيه نظرا له وللناس ، وقد اختار فقهاء المذهب قولهما للفتوى لاقتضاء المصلحة الأخـــذ به .

وهما لا يقولان بالحجر على السفيه فى كل التصرفات ، بل التصرفات التي يبطلها الهزل وتقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة وجميع التبرعات . سواء أكانت تبرعا ابتداء وانتهاء أم تبرعا ابتداء فقط ، فتبرعات السفيه كلها باطلة بطلانا كليا ؛ ومعاوضاته متوقفة على اجازة القاضى فينفذ مالا ضرر فيه ويبطل ما فيه الضرر . والآن تقوم المجالس الحسبية مقام القاضى ، فهى التى تعين القيم على السفيه ، وقد قيدت تصرفاته بالمادتين (٢١ و ٢٢) وجعلته خاضعا لأحكام قانونها بما فيه النظر للمحجور عليه .

وأما التصرفات التى تصح مع الهزل ، كالزواج والطلاق ، فالسفيه غير محجور عليه فيها ، لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المثل ، بل يلغى الزائد . لبطلان التزامه . لأنه تبرع . قال فى شرح أصول فخر الاسلام : وإنما لم يثبت الحجر فى حق الطلاق والعتاق والنكاح ونحوها لأن المحجور عليه لسبب السفه فى التصرفات كالهازل . فانه يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب دون ما وضع الكلام له . لا لنقصان فى عقله . فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل . كالنكاح

والطلاق ، لايؤثر فيه السفه أيضا ، وكل تصرف لايؤثر فيه الهزل ؛ وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه اهـ

غير أنه استثنى وصية السفيه فى سبل الخير ووقفه على نفسه وأولاده من بعده . قال فى التبيين . وان أوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث ،وهذا استحسان والقياس ألا تجوز وصيته كما فى تبرعاته حال حياته . وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره ، وذلك فى حياته ؛ أما بعد موته فلا حاجة به الى المال ، ولا ضرر بالوارث ؛لأن حقه فى ثلثى التركة وفى هذه الوصية ما فيها من الثواب والذكر الحسن ، فان كانت الوصية فى غير سبل الخير فلا تنفذ اهـ ملخصا . وفى رد المحتار أن وقف السفيه على نفسه ثم على ولده ثم على وجهة بر لاتنقطع وقف صحيح لأنه لا ضرر فيه بل فيه صون ماله له .

وبعد أن اتفق الصاحبان على الحجر على السفيه اختلفا هل يثبت بنفس السفه ، أولا بد من حكم القاضى؟ قال محمد بالأول ، لأن السفه نظير الجنون والعته والصغر والرق ، والحجر يثبت بنفس هذه الاشياء من غير حاجة إلى قضاء القاضى فكذلك السفه وذلك لأن كل واحد من هذه الأشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها .وقال أبو يوسف بالثانى فلا يصير السفيه محجورا عليه الا بحجر القاضى ، وذلك لأن الحجر عليه لمعنى النظر له ، وهو متردد بين النفع والضرر فكان لابد من قضاء القاضى لأجل الترجيح . يوضحه أن السفه

ليس بشيء محسوس ، وإنما يستدل عليه بآثاره بخلاف الأشياء المقيس عليها ، ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضي رفعا للخلاف. ولو كان الحجر من وقت السفه لكان فيه اضرار بمن عاملوه قبل أن يتبين لهم حقيقة أمره ، وهذا لا يجوز لما فيه من التغرير بالناس فكان لابد من حجر القاضي عليه ليعلم الناس بذلك فيكفوا عن معاملته . ولا يرتفع الحجر عنه الا برفع القاضي اياه خلافا لمحمد فانه قال بارتفاعه بزوال السفه لأن العلة تدور مع معلولها وجودا وعدما . وقول أبي يوسف هو المعمول به لأنه اضبط ولما في العمل به من منع الأضرار بالناس وعليه فجميع تصرفاته قبل حجر القاضي صحيحة نافذة وبعد الحجر تكون على التفصيل المتقدم من بطلان أو توقف على الاجازة حتى يرتفع الحجر برفع القاضي. وأما محمد فانه يجرى أحكام السفه من ابتداء وجوده حتى يزول، فاذا زال عادت الى التصرفات صحتها ونفاذها بدون توقف على فعل قاض . والمجالس الحسبية هي التي تقوم الآن بالحجر على السفيه ورفع الحجر عنه ، وليس هذا من باب القضاء بالمعنى المصطلح عليه لعدم وجود الخصومة وطرفيها جميعا ، وإنما ذلك في الحقيقة من مسائل الحسبة ، والتعاون على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٧٠ — ولما كان منع الضرر عن الانسان والناس قد اتخذ أساسا للحجر قال الصاحبان بالحجر على ذي الغفلة ، وهو الذي لا يهتدي الى التصرفات الرابحة ، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه مع كونه غير مفسد ولا قاصد للفساد كذلك قالا بالحجر على المدين اذا طلب

ذلك غرماؤه . والتفصيل فى كتب الفروع

تصرفات المريض مرض الموت

تعريف المرض

المرض هو ما يعترى الاجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة اعتدالها العادية ، قليلا كان أو كثيرا ، وقد ينتهى به الامر إلى القضاء على الحياة

مرض الموت

هو نوع من أنواع المرض اجتمع فيه وصفان (أولهما) أن يغلب فيه الهلاك عادة . ويرجع فى هذا إلى الاحصاءات الطبية وإلى الأطباء فى معرفة طبيعة الأمراض وفى حالة المريض نفسه وفى كل حادثة جزئية اشتبه الأمر فيها (ثانيهما) أن يعقبه الموت متصلا به سواء أكان الموت بسببه ظاهرا أم كان بسبب آخر أفضى إلى الموت كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم ، أو أى سبب آخر أفضى بالمريض الى الموت حال كونه مريضا . فاذا انتفى الوصفان كلاهما أو احدهما فلا يعتبر الانسان مريضا مرض الموت ، وحينئذ يكون حكم تصرفاته حال مرضه كحكم تصرفاته حال صحته تماما بدون أى فرق بينهما . فليكن هذا على ذكر منك ولا تسه عنه

الأمراض المزمنة

هى الأمراض التى يطول بها المدى وقد قدر ذلك بعض الفقهاء بسنة فأكثر . وبعضهم وكل أمر التطاول الى العرف . وقد أخذ بالقول الاول فى المادة (١٥٩٥) من المجلة العدلية . وبه أخذ معظم المحاكم

فى مصر (١) وعلى هذا اذا مضى على المريض مرضا مزمنا سنة كاملة ولم يزدد مابه من المرض فى خلالها اعتبرت تصرفاته فى تلك السنة كتصرفات السليم ، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات مريض مرض الموت . وفصل الخطاب فى ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف (٢)

الاصحاء الذين هم فى حكم المرضى

أورد الفقهاء فى كتبهم حالات يلحق فيها الصحيح بالمريض فى حكم تصرفاته . فمن ذلك راكب البحر إذا كان مضطربا هائجا وقد خيف الغرق ومنه من يقدم للقتل قصاصا أو غيره ، ومنه الأسير

---

(١) انظر كتاب تصرفات المريض للاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك عميد كلية الحقوق سابقا والمستشار بمحكمة النقض الآن .

(٢) إذا ادعى الدائنون أو الورثة أن التصرف حصل حال المرض وادعى الطرف الآخر أنه حصل حال الصحة ، وأتى كل من الطرفين ببينة تشهد له بما قال فالراجح هو تقديم بينة الصحة على بينة المرض لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته والمرض أقرب الأوقات إلى الموت فيكون الظاهر شاهدا للدائنين والورثة، والبينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر ، وقيل تقدم بينة المرض على بينة الصحة لان الصحة أصل والمرض عارض ، والبينات شرعت لاثبات خلاف الاصل أنظر كتاب « القول لمن » لنوعى زاده وكتابى ترجيح البينات للسيد محمود حمزة والشيخ غانم البغدادى وتكملة رد المحتار . ثم قارن هذا بما فى المادة « ١٦٨ » من لائحة المحاكم الشرعية الحالية

عند قوم إذا كان من عادتهم قتل الأسرى ، والحامل إذا أخـــذها المخاض (١) .

لماذا كان للمريض مرض الموت أحكام استثنائية فى بعض تصرفاته؟

السبب فى هذا على ماراه فقهاؤنا هو أن الانسان إذا مرض مرضا مخوفا تبين فيما بعد أنه أفضى إلى موته ، أو اتصل به موته وكان هذا المرض فى شدة وتزايد اعتبر فى حكم الميت لقيام سبب العجز به فلا يقدر على السعى كما قد كان حال صحته ، وبذا تضعف ذمته عن تحمل ماعليه من الديون لغيره . فيتعلق حق الدائنين بماله وكذا يظهر تعلق حق ورثته بذلك المال أيضا فيجب حماية كل من الدائنين والورثة من تصرفاته الضارة بكل فريق منهم ، فيبطل منها كل ما يفوت به شىء من حقوق الدائنين كبيرا كان أو صغيرا ، وكذا كل ماجاوز ثلث ماله الباقى بعد الديون حفظا لحق ورثته الشرعى ، وبالجملة فالمريض فى هذه الحالة يكون محجورا عليه شرعا فى كل مايضر بدائنيه وورثته .

وعلى هذا فجميع التصرفات التى لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة هى كتصرفاته وهو صحيح بدون أى فرق بينهما ، وذلك لقيام أهليته بعد المرض على ما كانت عليه قبله ، وانما كان الحجر عليه لأمر خارج عن الأهلية وهو ما أسلفنا فلا تنسه عن هذا (٢) .

---

(١) انظر الدر ورد المحتار والمحلى لابن حزم وكتاب تصرفات المريض للاستاذ كامل بك مرسى وشرحى المجلة العدلية لعلى أفندى حيدر وسليم أفندى باز وجامع الفصولين .

(٢) وعلى هذا إذا كان المريض واقفا أو ناظر وقف يملك الشروط من ادخال

أما إذا كان عقل المريض قد إيف بسبب المرض أو بسبب آخر، فإن التصرفات فى هذه الحالة لا تعتبر تصرفات مريض بجسمه وإنما تعتبر تصرفات مؤوف بعقله فتطبق عليها أحكام تصرفات المجنون والمعتوه ويصرف النظر عن النظر فى مرضه لأن آفة العقل تؤثر فى الأهلية وهى مناط صحة التصرف وبطلانه ، بخلاف آفة الجسم.

فليكن هذا على ذكر منك فى هذا المقام.

مذهب المخالفين فى حكم تصرفات المريض.

خالف جمهور الفقهاء فى حكم تصرفات المريض أبو محمد بن حزم فجعل حكم تصرفاته وهو مريض كحكم تصرفاته وهو صحيح بدون أى فرق فى شىء ما فى كلتا الحالتين. وحكى عن أبى سليمان داود بن على إمام أهل الظاهر أنه يوافق الجمهور فى مسألة العتق فقط ، وأما فيما

والخراج وزيادة ونقصان الخ. فالمرض لا يسلبه شيئا من ذلك مادام عقله سليما لم يمسسه ضعف أو خلل. وكذلك الحكم فى كل ماله من ولاية على نفس أو مال، مادام كل من حقوق دائنيه وورثته محفوظا مصونا. غير أن الفقهاء قد استثنوا من الحجر لحق الغريم والوارث نفقات المريض الضرورية كأجرة الطبيب وثمن الاغذية والادوية والزواج بمهر المثل إذا دعت اليه الحاجة فان المريض قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه، والنفقة اللازمة له ولمن معه فى عياله، كل اولئك خارج عن نطاق الحجر . ومقدم الوفاء به على حقوق الدائنين والورثة وان ترتب على ذلك نقص تلك الحقوق وانظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها. ورأى ابن حزم فى مسألة ايفاء الديون وتقديمها على كل شىء حتى على التجهيز والتكفين خلافا لما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة بما ذكرناه هنا وهناك.

عدا العتق فقولهما واحد . وقد أول ابن حزم ما استدل به أبو سليمان وبين أنه لاحجة له فيه ، وكذلك صنع مع الجمهور فيما احتجوا به وأورد أقوال السلف فى الموضوع مما يخالف الجمهور ومما يوافقهم وضعف أدلتهم العقلية ، والمقام هنا يضيق عما قاله فارجع اليه فى كتابه المحلى فهو واف جدا . هذا ولنبدأ الآن فى أحكام تصرفات المريض على ماعليه العمل عندنا الان مع ايراد أهم الخلافات ؛ فأقول

إذا شفى المريض من مرضه ولو برهة من الزمن نفذت جميع تصرفاته التى صدرت عنه وهو مريض ، ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شىء مما صنعه ، وذلك لزوال العلة التى أوجبت الحجر عليه . وليلاحظ مذهب مالك فى التبرعات بالنسبة للدائنين على ما بيناه فى أحكام الهبة فى كتابنا التزام التبرعات

أما إذا اتصل الموت بهذا المرض كان حكم تصرفاته التى صدرت عنه وهو مريض على هذا التفصيل .

(ا) كل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ؟ كالهبة والكفالة والبيع مع المحاباة الخ ، يحكم بصحته ونفاذه فى الحال متى استوفى التصرف شروطه الشرعية ، لأنها وقت أن صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها . حتى إذا مات فحينئذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه التصرفات من دائن ووارث حق ابطاله بقدر مايسلم له حقه المذكور آنفا ، كما أن له حق اجازته اذا شاء . وان ما قيل مخالفا لهذا فهو خطأ محض . وقد بسطنا ذلك فيما كتبناه فى الهبة .

(ب) وكل تصرف غير قابل للفسخ كالاعتاق يقع على حق غريمه كأن يعتق المريض عبدا من ماله المستغرق بالدين ، أو يقع على حق الوارث كأن يعتق عبدا تزيد قيمته على ثلث التركة ، فحكم هذا العتق حكم التدبير ، فيكون عبدا فى كل أحكامه قبل وفاة سيده ، وبعدها يسعى فى كل قيمته بالنسبة للدائن ، وفيما زاد على الثلث بالنسبة للوارث . وإذا لم يؤثر اعتاقه فى حق غريم أو وارث نفذ العتق فى الحال لعدم المانع .

ووقف المريض متى استوفى شروطه نافذ فى الحال : لأن الوقف يجوز نقضه لأسباب متعددة ، فهو ليس كالعتق فى عدم القابلية للفسخ فاذا مات الواقف المريض وتركته مستغرقة بالدين فللدائنين ابطال الوقف واستيفاء ديونهم من ثمنه . إذا لم يبرئوه من الديون ، فان كانت التركة غير مستغرقة بالدين وكان الوقف لا يخرج من ثلث الباقى كان للورثة حق الاجازة والابطال فيما زاد على الثلث ، حتى يسلم لهم الثلثان من باقى التركة ، وكذلك إن كانت التركة خالية من الديون فلهم ابطال الوقف فى الثلثين وليس لهم ابطاله فى الثلث . حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض ، وذلك لأنه فى المآل يكون لغير الورثة حتما . ومن أجل هذا لزم فى الثلث بخلاف الوصية للوارث (أنظر ما كتباه فى وقف المريض فى كتابنا « الوقف » فهو من أحسن ما كتب لاحاطته بكل الأحكام فى كل الصور مع دقة التعبير وسلامة العبارة وسهولة فهمها)

وقد جوز الشارع للمريض ، كما جوز للصحيح ، أن يوصى

للأجنبى الى ثلث ماله ، ومنعه من الوصية للوارث – على ماذهب اليه جمهور الفقهاء . على ما أسلفنا . وقد رأى أبو حنيفة رحمه الله أخذا من هذا أنه لا يجوز للمريض أن يبيع عينا من أعيان ماله لوارثه لما فى ذلك من ايثاره على سائر الورثة بتلك العين التى باعه إياها وحقهم جميعا ثابت فى نفس أعيان التركة بخلاف الدائنين فان حقهم متعلق بمالية التركة ، دون أعيانها ، بدليل أن الوارث إذا شاء أن يؤدى الدين من مال نفسه ويرجع بما أدى على التركة كان له هذا ، وليس للدائن أن يمتنع عن ذلك . وقال الصاحبان إذا باع لوارثه بأكثر من القيمة أو بمثلها فلا بأس بهذا ، لأنه ليس فى فعله هذا ابطال حق الورثة الآخرين أو غيرهم . والفتوى على قول الامام .

وانظر ما جاء فى القانون المدنى بشأن ذلك فى بيع المريض فى المواد ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ وما جاء فى صلب القانون من الغلط فى ذلك

هذا حكم التصرفات الانشائية للمريض . أما اقراره فان كان لأجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله (١) ، وإن كان لوارث فانه يتوقف على اجازة باقى الورثة بعد موت المقر ، وعللوا ذلك بأنه متهم فى إقراره للوارث دون الأجنبي واستدلوا له بما رووه عن عمر أو ابنه رضى الله عنهما . وهو « إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وإن أحاط ذلك بماله : وإن أقر لوارثه فغير جائز الا أن يرضى به

---

(١) وقيل لايجوز اقراره بأكثر من الثلث . انظر كتابنا طرق الاثبات ص ٣٧٨ و ٣٧٩

الورثة (١)، وكذلك الحكم عند الامام احمد ، وقد اقتصروا على تعليل عدم صحته للوارث بالتهمة .

والوارث عند أبى حنيفة وأصحابه هو من قام به سبب من أسباب الأرث وقت الاقرار ، ولم يمنع من ارثه مانع وقت الموت . فاذا انتفى أحد الأمرين نفذ الاقرار غير موقوف على اجازة الورثة ، كالذى يقر وهو مريض بدين لامرأة أجنبية منه ، ثم يتزوجها بعد هذا الاقرار ، ويموت عنها وهى وارثة له ، وكالمريض الذى يقر بدين أو عين لأخيه وليس لذلك المريض ولد وقت الاقرار ، ثم يولد له ابن ثم يموت عن ابنه وأخيه فان الاقرار لأخيه ينفذ لعدم توافر الشرطين جميعا وقت الوفاة (٢) . وأما عند الامام أحمد وأصحابه فالوارث هو من

---

(١) هذا الاثر على فرض صحته لايخرج عن كونه قول صحابى . وقد اختلفت أئمة الشريعة فى حجية قول الصحابى ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك القول إن كان مما لايدرك بالرأى كالمقدرات فهو حجة وكذا ماشاع من أقوال بعض الصحابة فسكت سائرهم عند استماعه ولم يعترضه أحد منهم ، فهذا هو المسمى بالاجماع السكوتى وإن كان القول مما يدرك بالرأى ويكون للاجتهاد فيه مجال فقيل انه حجة وقيل لايكون حجة . أما إذا اختلفوا فيه فهو ليس بحجة بالاتفاق وذهب جمهور الفقهاء الى القول بعدم حجية قول الصحابى مطلقا ، وهو الراجح عند المحققين من علماء الاصول (انظر كتابنا فى علم أصول الفقه) .

(٢) استثنى فقهاء المذهب الحنفى مسائل يستوى فيها الاقرار للوارث وعدمه . فقالوا بصحة الاقرار فيها ونفاذه بدون توقف على الاجازة لعدم الفائدة فى ابطال الاقرار ، وهى:

كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء أكان وارثا بالفعل وقت وفاة المقر أم لا ، فاذا أقر الرجل لأخيه ، وكان وارثا له وقت الاقرار ، ثم ولد له ابن ثم مات فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ ، بل يتوقف ، وذلك لأن العبرة عنده لقيام التهمة وقت الاقرار فقط وهذا بخلاف الوصية لوارث فانه يكتفي بكونه وارثا عندوفاة المورث فقط .

وعند الشافعي رحمه الله (وكذا عند أهل الظاهر كما قدمنا) يقبل اقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبي وللوارث جميعا كاقرار الصحيح ويساوى اقراره البينة في القبول ولا يفرق الشافعي بين دين صحة ودين مرض خلافا لأصحابنا وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق فى اقراره

ا — أن يكون للوارث وديعة معروفة عند مورثه فيقر مورثه المريض بأنه استهلكها فينفذ اقراره . وذلك لأن الوديعة أمانة ، والامانة تضمن بموت الامين مجهلا — انظر كتابنا التصرف بطريق النيابة عن الغير — فاذا مات المريض مجهلا للوديعة كانت مضمونة عليه ، فالاقرار إذا لم يأت بشيء جديد .

ب — أن يكون للمورث وديعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره وينفذ . وذلك لأنه لو مات فطالب بها ورثته الآخرون ذلك الوارث المودع عنده فقال انى سلمتها الى المودع صدق بلا بينه (انظر حكم الوديعة) .

ج — أن يكون المورث قد وكل أحد ورثته بقبض دين له من بعض مدينيه ثم يقر وهو مريض أنه أخذ من وارثه ماوكله بقبضه ، فانه يصدق فى اقراره لأن الوكيل أمين .

ولا يقصد حرمان بعض الورثة فانه قد انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذوب ، ويتوب فيها الفاجر . وهل لبقية الورثة تحليف المقر له أن المقر به كان يلزم المقر أن يقر لى به لكونه دينا فى ذمته فان نكل حلفوا وبطل الاقرار ؟ قولان فى المسألة ، والظاهر رجحان التحليف « انظر الروض وشرحه وحاشيته » .

وأما عند مالك رحمه الله فقد قال ابن جزى فى قوانينه لا يقبل اقرار المريض لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف سواء كان وارثا أم غير وارث إلا أن يجيزه الورثة ويقبل فيما سوى ذلك .

دين الصحة ودين المرض

ديون الصحة هى الديون التى شغلت بها ذمة الانسان حال صحته سواء أكانت ثابتة باقراره أم بالبينة . ويلحق بها فى الحكم الديون التى ثبتت فى ذمته وهو مريض وكان دليل ثبوتها البينة ، وأما ديون المرض فهى التى لزمته باقراره وهو مريض ، ولم يكن لثبوتها طريق سوى اقراره .

وديون الصحة وما فى حكمها مقدمة على ديون المرض عند الايفاء فاذا وفيت ديون الصحة وما ألحق بها وبقى شىء من التركة وفيت منه ديون المرض كلها ان وسعها . وأما إذا لم تف التركة بديون الصحة فانهــــا تقسم بين دائنى الصحة بالحصص على نسبة دين كل منهم . وكذلك الحكم إذا لم تكن ديون صحة وكان هناك ديون مرض فقط وضاقت عنها التركة فانها تقسم بين دائنى المرض قسمة تناسبية على

ماتقدم . وإذا وفت التركة بديون الصحة كلها ولم يف الباقى منها بكل ديون المرض قسم ذلك الباقى بين دائنى المرض على ما أسلفنا . والأمثلة ظاهرة .

النيابة فى التعاقد

النيابة عن الغير فى التعاقد اما أن تكون جبرية بحكم الشرع وهى نيابة كل من الأب والجد على أولادهما الصغار ومن فى حكمهم من فاقدى أو ناقصى الأهلية من المجانين والمعتوهين فى النفس والمال . وقد تكون النيابة بالوصاية باختيار الأب أو الجد للوصى أو بتعيين القاضى له . وأما النيابة الاختيارية فتكون بالوكالة وقد تأخذ الفضالة حكم الوكالة اذا أجيزت اجازة معتبرة . وقد ينوب القاضى بحكم الشرع فى تزويج اليتامى وفى بيع مال المدين لايفاء ماعليه من الديون .

وسأقتصر هنا على الوكالة فقط وأرجى الباقى إلى الطبعة الثانية .



الوكالة

التوكيل هو إقامة الانسان غيره مقام نفسه ترفها أو عجزاً فى تصرف جائز معلوم (١) ولو كان توكيلا عاما لأنه معلوم. والوكالة اسم من التوكيل

ركن الوكالة وشروطها واقسامها

تنعقد الوكالة بايجاب وقبول ولا بد من علم الوكيل بالوكالة فان ردها بعد علمه بها ارتدت ولا يصح تصرفه بعد رده. ولا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل ممن يملك التصرف بنفسه بأن يعقل معنى العقد وأن يكون الوكيل كذلك. وهذا شرط أساسى فى كل العقود كما هو ظاهر

وقد يكون ركن التوكيل مطلقا كوكلتك ببيع ساعتى هذه » أو مقيداً » كأذنتك باجارة دارى للسكنى كل شهر بكذا » أو معلقاً بشرط « كاذا بلغ سعر القنطار من القطن كذا جنيهاً فبع قطنى بهذا السعر » أو مضافاً إلى وقت مستقبل « كأمرتك بشراء كذا فى أول السنة الآتية » والاذن والأمر يعتبران توكيلا وقد يكون الامر من قبيل الرسالة، والفرق يظهر بالقرائن، والاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة فاذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولى بالبيع أولا؛ وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره. وهذه قاعدة مطردة فيجوز لمن توافرت

---

(١) أى للموكل، فلا يجوز توكيل الصبي غيره في اعطاء الهبة لانه هو نفسه لايجوز له أن يهب

فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بايفاء ماعليه من الحقوق واستيفاء ماله منها وبالبيع والاجارة والهبة والخصومة الخ .

وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة . فالعامة كأن يقول له أنت وكيلي فى كل شيء . والخاصة كوكالتك باجارة أرضى أو بيع فرسى . ويصح تفويض الرأى للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تقييده بتصرف مخصوص حسبما يرى الموكل . فان كان الأمر مفوضاً لرأى الوكيل جاز له أن يوكل غيره ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بوفاته . وقد تكون الوكالة بأجر أو بدون أجر ففى الحالة الأولى يكون الوكيل أجيراً كالدلال والسمسار ووكلاء الدعاوى (المحامين) فيعطى حكم الاجير وفى الحالة الثانية يكون متبرعا : فاذا لم يشترط الاجر فى الوكالة ينظر فان كان الوكيل من الفريق الأول فله أجر المثل ، وإن كان من الفريق الثانى فلا أجر له .

ويجوز أن يوكل وكيلين بعقد واحد أو بعقدين فان وكلهما بعقد واحد فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه الى الرأى كايفاء الدين أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فانه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط أخذ رأى الآخر فى الخصومة دون حضوره ، وان وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً

حكم العقد وحقوقه فى الوكالة

حكم العقد هو الأثر المترتب عليه شرعا المقصود من العقد للعاقدين . وحقوقه هى مستلزماته الأخرى المتممة لعمله ففى عقد البيع (مثلا) الحكم هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشترى فى مقابلة الثمن والحقوق هى تسليم المبيع إلى المشترى ومطالبته بالثمن ، وحبس المبيع عنه حتى يؤدى الثمن إن لم يرض البائع بتأجيله ورد المبيع بالعيب والمخاصمة فى ذلك وضمان الثمن عند الاستحقاق وغير ذلك مما يحقق غرض العاقدين ويتم به مقصود كل منهما ويسلم له ما التزم به صاحبه

وقد اتفقت الكلمة على أن حكم العقد يثبت للموكل بصنع الوكيل

وأما الحقوق فتارة تكون للوكيل وعليه وتارة تكون للموكل وينتهى عمل الوكيل بمجرد تمام العقد ويكون الوكيل فى هذه الحالة فى حكم الرسول من حيث ثبوت حكم العقد وحقوقه لكل من الموكل والمرسل

وقد تقع المخالفة من الوكيل فيثبت حكم العقد له وحقوقه كذلك ومثله فى ذلك الرسول أيضاً . وهاك جملة القول فى هذه المسألة

(الحالة التى ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل)

متى توافرت فى العقد الامور الاربعة الآتية رجعت فيه الحقوق إلى الوكيل .

الاول : أن يكون مما يتم بالقول .

الثاني : أن يكون من عقود المعاوضات المالية .

الثالث : أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه كأن يقول وكيل البائع للمشترى بعت لك الدار الفلانية (وهى الدار التى وكل ببيعها) وكأن يقول وكيل المشترى البائع اشتريت منك دارك الفلانية بكذا بدون أن يذكر الموكل فى العقد . وكالبيع والشراء فى ذلك الايجار والاستئجار والصلح الذى هو فى معنى البيع .

الرابع : أن يكون الوكيل غير محجور عليه ؛

فاذا توافرت هذه الأمور فى عقد ثبت حكم ذلك العقد للموكيل ورجعت الحقوق فيه إلى الوكيل

(الأحوال التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل ولا يكون للوكيل فيها إلا مباشرة العقد فقط) .

ويكون ذلك فيما يأتي .

(أولا) أن يكون العقد مما لا يتم إلا بالقبض . وهذا ينتظم الهبة والصدقة والاعارة والقرض والايداع والرهن .

فان كان وكيلا من جانب المعطى مطلقا أى سواء أضاف العقد إلى نفسه أم اضافه الى موكله أو كان وكيلا من جانب المعطى وقد أضاف العقد الى موكله ثبت الحكم والحقوق لموكله . مثال ذلك فى الهبة أن يقول الوكيل وهبت لك كذا ، أو وهب فلان لك كذا ، أو هب لفلان كذا . أما ان أضاف العقد الى نفسه — وهو وكيل من جانب المعطى فان حكم العقد يثبت له وكذا حقوقه ، مثال ذلك أن يقول — وهو وكيل عن غيره للواهب هب لى كذا . ففى ثلاث صور يثبت الحكم والحقوق للموكل وفى صورة واحدة يثبت الحكم

والحقوق للوكيل ، ويخرج بهذا عن الوكالة . وليقس على الهبة غيرها من أخواتها .

(ثانيا) أن يكون العقد مما لا يدخله شرط الخيار فلا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالزواج والخلع . فاذا قال الوكيل عن الزوج زوجت فلانة لموكلى فلان أو قال الوكيل عن الزوجة زوجت فلانا موكلتى فلانة ثبت العقد وحكمه للموكل ، وكان الوكيل سفيرا ومعبرا فقط . وبانتهاء العقد تنتهى وكالته . أما لو قال ووكيل الزوج للمرأة زوجينى نفسك ثبت له حكم العقد وحقوقه ، وخرج بذلك عن الوكالة وكذا لو وكلت امرأة أختها (مثلا) بأن تزوجها من فلان فقالت الأخت لفلان هذا زوجتك نفسى تم العقد بينهما وكانت الحقوق لهما .

(ثالثا) أن يضيف الوكيل العقد الى الموكل كأن يقول ان فلانا باع لك كذا ، فالحكم والحقوق ترجع كلها الى الموكل .

(رابعا) أن يكون الوكيل — بعد كونه مميزا — محجورا عليه كالصبى ولم يكن مأذونا له من وليه أو وصيه ففى هذه الحالة تكون العهدة على الموكل

(تعليل الأحكام المتقدمة)

والسبب الذى جعل حقوق العقد فى بعض الأحوال ترجع الى الوكيل وفى بعضها ترجع إلى الموكل هو أننا حينما ننظر الى العقود نجدها تنقسم الى قسمين ، قسم لا يتم الا بالقبض كالهبة والرهن ، وقسم يتم بالقول كالبيع والزواج ، وبالنظر فى القسم الثانى نجده ينقسم الى قسمين قسم يجوز أن يدخله خيار الشرط فيقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب

بتراخيه عنه كالبيع ، وقسم لا يجوز شرعا أن يدخله ذلك الخيار كالزواج فلا يقبل فيه الحكم الانفصال عن السبب ، وبذا صارت أقسام العقود على هذا الاعتبار ثلاثة أقسام . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نرى أن لتصرف الوكيل جهتين ، جهة حصول العقد بعبارته هو ، وجهة نيابته عن الموكل . فلو راعينا جانب العبارة الصادرة عن أهلها فى محلها لأثبتنا الحكم والحقوق للوكيل ، وبذا يبطل التوكيل مع أن الحاجة داعية اليه — ولو راعينا جانب الموكل فأثبتنا له الحكم والحقوق لألغينا عبارة الوكيل . فمن أجل هذا راعينا الجهتين فأثبتنا الحكم للموكل (١)

---

(١) وطريق ثبوت الحكم للموكل على ما قاله أبو الحسن الكرخى أن الحكم يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل واعترض على هذا بأن المشترى لو كان قريبا للوكيل لعتق عليه بمجرد الشراء على هذا الاعتبار لكنه لا يعتق عليه . ويجاب عن هذا بأن الملك هنا غير مستقر ، وعتق القريب بسبب شرائه انما يكون فى ملك مستقر .

وعلى ما قاله أبو طاهر الدباس أن الحكم يثبت للموكل ابتداء بطريق الخلافة عن الوكيل كما إذا وهب هبة لعبد أو اصطاد العبد شيئا فان الملك يثبت لسيده ابتداء فيما وهب له وما اصطاده بطريق الخلافة عنه .

وعلى ماقاله أبو زيد الدبوسى أن الوكيل نائب فى حق الحكم وأصيل فى حق الحقوق فتثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله

ونقلوا عن الشافعى ومالك وأحمد أن الحقوق تتعلق بالموكل لأنها تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه (انظر الهداية وشروحها).

(تتمة) الحقوق نوعان ، حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول

لأنه هو المقصود من التوكيل . أما الحقوق فجعلناها للوكيل فى العقود التى تتم بالقول ويقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب شرعا كالشراء والبيع والاستئجار والايجار . ولم نستطع أن نجعلها له فى العقود القولية التى لايدخلها خيار الشرط ، ولا فى العقود التى لاتتم الا بالقبض . أما فى الأول فلأن تلك العقود من قبيل الاسقاطات ، والاسقاط يضمحل فى الحال ، ولا يتصور فيه التراخى عن سببه لا عقلا ولا شرعا ، بخلاف البيع ونحوه . فان المسبب فيه لايعقب السبب إذا دخله خيار الشرط وهذا بصنع الشارع نفسه . وليس الزواج وأضرابه كذلك ، فان الشارع لم يجعل فى شىء منها خيار الشرط ، فصار الحكم فيها هو الاسقاط ، وهو

كقبض المبيع والمطالبة بالثمن والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مبيع مستحق . ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع فى العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وان مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته ، فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم . وعلى ما حكوه عن الشافعى يكون للموكل ولاية هذه الأفعال بدون توكيل من الوكيل أو ورثته . والثانى كتسليم المبيع الى المشترى ان كان وكيلا عن البائع وتسليم الثمن الى البائع ان كان وكيلا عن المشترى .

وفى هذا النوع يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى أن يجبره على تسليم المبيع والثمن . وبالجملة ان كان الوكيل فى مقام المدعى فالحق له ، وإن كان فى مقام المدعى عليه فالحق عليه . وأقول اعتبار الوكيل متبرعا من النوع الأول محله اذا لم يكن التوكيل بأجر فان كان كالدلال والسمسار فانه يلزم بتسليم المبيع وتسليم الثمن (المادة ١٥٠٤) من المجلة العدلية .

ملازم للعقد لايقبل الانفكاك عنه ، وكذا الحقوق . فيثبت الحكم والحقوق لمن ثبت له العقد . ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا إذا ثبت العقد للموكل ، أما اذا خالف فثبت العقد له كان أصيلا فى الحكم والحقوق جميعا .

وأما فى البيع وأضرابه فانه لما أمكن شرعا انفصال الحكم فيها عن العقد أمكن أن يتصور أيضا انفصال الحقوق عنه ، إذ العقد سبب لكل منهما ، وعلى هذا يجوز أن يثبت الحكم لشخص ، وأن تثبت الحقوق لغيره ، وبهذا يتوفر على كل من الوكالة وعبارة الوكيل حقها

وكان اللازم بمقتضى هذا أن الوكيل إذا كان صبيا مميزا غير مأذون له أن تثبت الحقوق له لكن منع من ذلك كونه محجورا عليه غير مأذون له ففى تحميل العهدة عليه ضرر به

وأما إذا أضاف الوكيل العقد من أول الأمر إلى موكله فقد آذن موكله بأنه اعتبر نفسه رسولا ناقلا لكلامه فقط وأنه متنصل من حمل عهدة العقد من الآن . فكانت الحقوق — لاجرم — عائدة إلى الموكل هذا فى العقود التى تتم بالقول فى قسميها

وأما فى الثاني وهو العقود التى يتوقف تمامها على القبض كالهبة فلأن الحكم فيها لما كان لايثبت إلا بالقبض . والقبض يلاقى محلا غير مملوك للعاقد ، لم يكن من المتصور جعله أصيلا لأن العقد لم يتم بعبارته وحدها . وإذا كان الأمر كذلك فالعقد يتم للموكل آن القبض وتثبت الحقوق له تبعا لثبوت الحكم . هذا اذا كان التوكيل من جهة المملك وكذا اذا كان من جهة من يريد التملك وقد أضاف الوكيل العقد إلى

موكله . أما اذا أضافه إلى نفسه فقد حالف وإذا يثبت الحكم والحقوق

تولى الشخص الواحد طرفى العقد

العقود التى يتوقف وجودها الشرعى على ارادتين كالبيع والزواج ونحوهما لابد فيها من تعدد العاقد فطرف للايجاب، وطرف للقبول، وذلك لظهور الارادة فى العقد من الطرفين، لأن لكل منهما حقوقا قبل الآخر هى آثار مترتبة على العقد . وهذه الحقوق لا ينبغى أن يستقل بها واحد لتدافعها، فالبائع (مثلا) يطالب المشترى بتسليم الثمن اليه . والمشترى يطالب البائع بتسليم المبيع اليه ويخاصمه فى العيب، وعند ظهور استحقاق المبيع الخ . غير أنهم استثنوا الأب والوصى المختار فأجازوا لكل واحد منهما أن يستقل بالعقد وحده . أما الأب فلوفور شفقته وكمال عقله وأما وصيه فلأنه قائم مقامه ، وكذا القاضى بالنسبة لصغيرين (مثلا) هما فى ولايته ، ومثله فى ذلك الوصى الذى يقيمه هو ؛ وقد يكون طرفا العقد فى ولاية الأب أو الوصى المختار أيضا فينوب عنهما فى العقد بحكم الولاية عليهما ، وكذا الوكيل اذا كان موكلا من شخص ببيع شىء معين وموكلا من آخر بشراء ذلك الشىء بعينه له وكذا فى عقد الزواج قد يتولى الشخص الواحد طرفيه معا بصفة واحدة كأن يكون وليا أو وكيلا عن الطرفين ؛ أو بصفتين مختلفتين كأن يكون أصيلا أو وكيلا بالنسبة لأحد الطرفين مع كونه وليا أو وكيلا بالنسبة للطرف الآخر . وهذا متفق عليه . وقد يكون فضوليا بالنسبة لطرف واحد ، وأصيلا أو وليا أو وكيلا بالنسبة للطرف الآخر ، وإذا وهب الانسان لمن هو فى ولايته أو كنفه شيئا اكتفى بايجاب

الواهب وحده فلا حاجة اذا لقبول أو قبض ، بل تتم الهبة بالايجاب وحده .

وقد نصوا على أن الأب اذا كان عدلا أو مستور الحال جاز له أن يبيع ماله لولده وأن يشترى مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير . لا فرق في ذلك بين المنقول والعقار ؛ وأن يتولى هو طرفى العقد ، بعبارة واحدة ، لأن الغرض هو ظهور ارادته فى عقد البيع والشراء ؛ أما اذا كان الأب سيء التدبير فاسد الرأى فلا بد من الخيرية للصغير — على ما سيأتي . ولا يبرأ الأب فى الشراء من الثمن حتى ينصب القاضى لولده قيما فيأخذ الثمن من الأب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده ، وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب . وأما الوصى المختار فلا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه الا اذا كان فى ذلك خير لليتيم . والخيرية فى العقار أن يشتريه بضعف قيمته ، وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته والخيرية فى المنقول أن يشترى ماقيمته عشرة بخمسة عشر ؛ ويبيع ماقيمته خمسة عشر بعشرة . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء وان لم تكن على النسبة المتقدمة . وأما القاضى فاذا كان له ولاية على أموال يتيمين (مثلا) جاز له أن يبيع مال أحدهما للآخر . ولا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ؛ ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه ؛ لأن فعله قضاء ، وقضاؤه لنفسه لا يجوز . وكذا الوصى الذى أقامه القاضى لا يجوز له أن يشترى مال اليتيم لنفسه ؛ ولا أن يبيع شيئا من

ماله لليتيم مطلقا ولو كان فى ذلك خير لليتيم ، وذلك لأنه وكيل عن القاضى ، وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكما أن ذلك لا يجوز للقاضى لا يجوز لوكيله لكن اذا اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع له جاز ذلك لتعدد طرفى العقد .



المبحث الثـــانى

أوصاف صيغـــــة العقد

صيغة العقد قد تكون منجزة أو معلقة أو مضافة الى المستقبل وفى كل هذه الاحوال اما أن يكون للعقد مدة محدودة (عقد مؤقت) واما أن لايكون كذلك (مطلق أو مؤبد) . فهذه ست حالات . وفى كل حالة من هذه الحالات اما أن يكون العقد مقترنا بالشرط أو مجردا فتكون الصور المبينة لأوصاف الصيغة اثنى عشرة صورة . وهاك الأمثلة .

صـــــور التنجيز

١ — منجز مجرد غير مؤقت (مطلق)

بعت لك دارى الفلانية .تزوجتك . أنت طالق . وهبت لك كذا .

٢ — منجز مجرد مؤقت .

أجرت لك دارى مدة سنة . أعرتك دابتى ثلاثة أيام .

٣ — منجز مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)

بعت لك دارى على شرط أن أسكن فيها بعد العقد مدة سنة .. تزوجتك على شرط أن تكون عصمتى بيدى

٤ — منجز مقترن بالشرط مؤقت .

أجرت لك دارى مدة سنة على شرط أن تجعلها لسكناك فقط .

أعرتك دابتى ثلاثة أيام على شرط ألا تحمل عليها أكثر من قنطار واحد.

صـــــور التعليق

٥ ـ معلق مجرد غير مؤقت (مطلق)

ان نجحت فى الامتحان وهبت لك دارى الفلانية .

٦ ـ معلق مجرد مؤقت

ان سافرت الى الاسكندرية فى صيف هذا العام فقد أعرتك دارى لتسكنها مدة ثلاثة أشهر .

٧ ـ معلق مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)

ان عدت من سفرى سالما وهبت لك دارى الفلانية على شرط أن تعطينى عوضا عنها .

٨ ـ معلق مقترن بالشرط مؤقت .

ان لم تجد دارا تسكنها فقد أعرتك دارى لسكناك مدة ثلاثة أشهر على شرط ألا تسكن معك أحدا فيها غير عيالك .

مضاف الى المستقبل

٩ ـ مضاف مجرد غير مؤقت (مؤبد)

وقفت دارى من أول شهر يونيه الآتى ليعطى ريعها للفقراء والمساكين صدقة مؤبدة .

١٠ ـ مضاف مجرد موقت .

أجرت لك دارى الفلانية من أول شهر مايه الآتى مدة سنة .

١١ ـ مضاف مقترن بالشرط غير مؤقت (مؤبد)

جعلت أرضي الفلانية صدقة موقوفه على الفقراء والمساكين من أول يناير سنة ١٩٤٦ ليصرف فاضل غلتها اليهم على شرط أن يقدم فقراء قرابتى على غيرهم

١٢ ـ مضاف مقترن بالشرط موقت

أجرت لك أرضي الفلانية من أول أكتوبر الآتي مدة ثلاث سنين على شرط ألا تزرع فيها نوع كذا .

العقد المنجز

هو ماصدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل . وحكم العقد المنجز ترتب حكمه عليه فى الحال بعد استيفاء كل شروطه وأركانه ، كقوله تزوجتك وقولها قبلت . وكقوله بعتك داري الفلانية بكذا وقول الآخر اشتريتها بذلك . فالنكاح تثبت أحكامه فى الحال عقب القبول مباشرة ، والملكية فى البيع تنتقل الى المشترى عقب قبوله . وهكذا الشأن فى كل العقود المنجزة . كقول السيد عبدى فلان حر ، وقول الزوج زوجتى فلانة طالق الخ

وكل العقود يصح تنجيزها الا مالا يقبل ذلك بطبيعته كالوصية والايصاء ، فان حكم كل منهما لايثبت الا بعد موت الموصى . ولو كانت الصيغة منجزة ، كقوله أوصيت لفلان بكذا من مالى ، وأقمت فلانا وصيا على أولادى

العقد المضاف

هو ماصدر بصيغة أضيف فيها الايجاب الى زمن مستقبل ،

وحكمه أنه ينعقد علة فى الحال ، ولكن لايترتب عليه أثره إلا عند مجيء الوقت الذى أضيف اليه . فلو قال أجرتك دارى من أول شهر شوال الآتى لايترتب لايترتب على هذا العقد حكمه إلا من أول شوال المذكور . وكذا لو قال جعلت أرضى صدقة موقوفة لله تعالى بعد شهر ، لاتكون وقفا إلا بعد شهر . وكذا لو قال عبدى حر أو زوجتى طالق فى أول السنة القادمة لايثبت كل من الحرية للعبد والطلاق للزوجة إلا فى أول السنة القادمة ، وهكذا

العقد المعلق :

هو مارتب وجوده على وجود أمر آخر ، فان كان ذلك الأمر الآخر محقق الوجود فى الحال ، كان تعليق العقد صوريا فقط ؛ وهو فى الحقيقة تنجيز ، مثال ذلك أن تقول لابنك (مثلا) ان نجحت فى امتحان هذا العام فقد وهبت لك كذا وكذا ، وقد كنت قلت ذلك بعد تمام الامتحان ، وقبل ظهور النتيجة ، ثم ظهر أنه كان ناجحا ، فالهبة منجزة ، وان كان العقد فى الصورة معلقا . ومن ذلك أيضا ما لو قال رجل لاخر زوجنى بنتك ، فقال قد زوجتها من فلان ، قبل هذا ، فكذبه الخاطب ، فقال ان لم أكن زوجتها من فلان ، فقد زوجتها منك ، وقبل لاخر ؛ فظهر كذبه ، ينعقد هذا ، اذ التعليق بشرط كائن تحقيق ، ألا ترى أنه لو قال لزوجته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ، والارض تحتنا ، تطلق للحال ؟ (جامع الفصولين) . وان كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا ، اذ المستحيل لا يمكن وجوده . والا لم يكن مستحيلا . وهذا خلاف الفرض . والمرتب

وجوده . على وجود مالا يمكن وجوده يستحيل أيضا أن يتحقق وجوداً . واذا يكون غرض المتكلم بتلك الصيغة هو ايذان المخاطب باستحالة الامر بضرب من ضروب التوكيد

أما إذا كان المعلق عليه على خطر الوجود . أى يجوز أن يوجد فى المستقبل ويجوز ألا يوجد . فهذاهو التعليق المراد .وفيه لايوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه الا بعد وجود المعلق عليه . فلو قال لعبده اذا شفيت من مرضى فأنت حر ، فالعبد لايصير حرا الا اذا وجد شفاء سيده من مرضه . وكذا لو قال لزوجته : أنت طالق ان كلمت فلانا . لاتطلق الا بعد أن تكلم فلانا المذكور . وهنا يجب التنبه الى ثلاثة أمور :

(الاول) الفرق بين الاضافة والتعليق . وحاصله أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم . فان نحو (أنت طالق ان كلمت فلانا) منع انعقاده سببا للحال . وجعله متأخراً الى وجود الشرط . فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه . وهو الطلاق . وأما الايجاب المضاف مثل (أنت طالق غدا) فانه ينعقد سببا للحال لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية . لكن يتأخر حكمه الى الوقت المضاف اليه . فالاضافة لاتخرجه عن السببية . بل تؤخر حكمه . بخلاف التعليق .

(الثانى) حقيقة التعليق عند كل من الامامين الشافعى وأبى حنيفة :

ذهب السافعى إلى أن المعلق يكون علة فى الحال، لكن يتراخى

الحكم الى وجود الشرط المعلق عليه ، وذهب أبو حنيفة إلى أن المعلق لاينعقد علة إلا عند وجود الشرط وأما قبل ذلك فهو علة اسما فقط من حيث اضافة العقد اليه بدون أن يكون له أى تأثير قبل وجود الشرط . فمذهب الشافعى فى العقد المعلق كمذهب أبى حنيفة فى العقد المضاف ، من حيث انعقاد كل منهما سببا فى الحال مع تأخير الحكم الى وجود الشرط فى المعلق عند الشافعى ؛ ومجىء الوقت عند أصحابنا وعنده فى المضاف. وصورة ذلك أن يقول شخص (مثلا) ان ملكت فلانا العبد فهو حر وان تزوجت فلانة فهى طالق .

قال الشافعى ان علة العتق وهى قوله « هو حر » وعلة الطلاق وهى قوله « هى طالق » ؛ موجودة الآن ، ومتى وجدت العلة وجب أن تؤثر فى محلها ليترتب على ذلك حكمها ، لكن فى صورة التعليق على الشرط ، وجد دليل على تراخى الحكم حتى يوجد الشرط ؛ فان وجد ، وجد الحكم منذ وجوده ، والا بطل عمل العلة لعدم الشرط. وأما تأثير العلة فلم يقم دليل على زواله ، وعدم وجوده عند وجودها ؛ واذا فهو باق معها وموجود بوجودها ؛ والتأثير لا بد له من محل قابل وقت وجود العلة ، والا كان الكلام عبثا ولغوا ؛ وفى المثالين السابقين لم يوجد المحل وقت وجود التعليق ، فيلغو ، وعلى هذا اذا اشترى العبد بعد ذلك فلا يعتق ، وإذا تزوج المرأة فلا تطلق ؛ وهذا بخلاف مالو كان العبد ملكه ، والمرأة زوجته وقت التعليق ، وقد علق العتق والطلاق على شرط غير الملك والزواج ثم وجد المعلق عليه ، فان العبد يعتق والمرأة تطلق ، وذلك لوجود المحلية وقت التعليق وهو وقت عمل العلة

وتأثيرها ، لكن الحكم تراخى الى وجود الشرط ، نزولا على حكم الشرط .

ويقول الشافعى ان الكلام المعلق عبارة عن جملتين ارتبطتا بأداة الشرط ، الجملة الأولى « أنت طالق » ، والثانية « تزوجتك » أو « كلمت فلانا » ، وأداة الشرط هى ان أو مافى حكمها . والجملة الأولى وهى أنت طالق علة تعمل عملها على الاطلاق ، لكن لما ارتبطت بها الجملة الثانية بأداة الشرط منعت ترتب الحكم عليها فى الحال . ونظير هذا خيار الشرط فى البيع ، اذ لولاه لترتب على البيع حكمه فى الحال لكن تراخى الحكم لوجوده بنص الشارع نفسه ، وللحاجة الى التروى والاستشارة ، ولا بد من وجود المبيع عند البيع والا خلا العقد من محله فيكون بيعا باطلا . كذلك الحال فى العلة المعلقة على شرط يتراخى فيها الحكم فقط ، ولا بد من وجود المحل عند وجودها .

وقال أبو حنيفة ان الحاجة الى عمل العلة انما تكون عند وجود الشرط : فاذا وجد الشرط تحقق وجود المحل فى مثل ان ملكت فلانا فهو حر . وان تزوجت فلانة فهى طالق . فتعمل العلة عملها فى ذلك الوقت . وأما ان كانت المحلية موجودة عند وجود التعليق . وكان التعليق على الشرط غير الملك والزواج . فالظاهر أن المحل يكون موجودا عند وجود الشرط بحكم الاستصحاب ولذا يصح التعليق . فان صادفت العلة وجود المحل عند وجود الشرط عملت عملها والا بطل التعليق أما اذا لم يكن المحل موجودا عند وجود التعليق وكان التعليق على غير السبب من ملك وزواج فان التعليق يكون باطلا فلا يترتب عليه شىء حتى

لو وجد الشرط المعلق عليه وعلى ذلك اذا قال لامرأة هى غير زوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق . ثم تزوجها فكلمت فلانا فلا تطلق بالاجماع . وذلك لانعدام المحلية وقت التعليق ولعدم تحقق وجودها عند وجود الشرط . وان كانت قد توجد بطريق المصادفة والاتفاق
وإذا قال لزوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم كلمته والمحلية قائمة وقت كلامها اياه وقع الطلاق بالاجماع ، فان لم تكن المحلية موجودة وقت وجود الشرط بطل التعليق بالاجماع . وإذا قال ان تزوجت فلانة فهى طالق ثم تزوجها فعلى قول أبى حنيفة واصحابه تطلق لتحقق المحلية عند وجود الشرط حتما ، وقال الشافعى لا تطلق لعدم المحليه وقت التعليق

ويقول أبو حنيفة ان الكلام المعلق هو جملة واحدة كالمبتدأ والخبر فالمتكلم به يريد أن يكون وجود العلة حقيقية وتأثيرها عند وجود الشرط ، وأما قبله فلا ويقول ان القياس على خيار الشرط لا يجوز لانه جاء مخالفا للاصل ، اذ طبيعة العقد تقتضى أن يترتب عليه حكمه فى الحال اذ المعلول لا يتخلف عن علته ، لكننا نزولا على حكم الشارع قلنا بخيار الشرط اتباعا للنص ، على أن العلل الشرعية هى علل جعلية لا حقيقية . ان شاء الشارع رتب عليها معلولاتها فى الحال . وان شاء جعلها متراخية . وآذننا بذلك ، وكل مالم يرد فيه نص فانه يبقى على الاصل فيعقب المعلول علته متى وجدت كاملة اسما ومعنى وحكما (١) والحاصل أن نصوص الشارع يجب العمل بها متى ثبتت . وعند عدم النص يكون للاجتهاد مجاله . ونظير ذلك عندنا

---

(١) اى اضيف الحكم اليها وكانت مؤثرة فيه واعقبها الحكم فى الحال



الآن تسجيل العقود الناقلة للملك فان عدم التسجيل يجعل الحكم متراخيا حتى يسجل العقد بشروطه .

الثالث — فى بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط ، واقتران العقد بالشرط :

تعليق العقد على شرط قد تقدم تعريفه ، وأما اقترانه بالشرط فهو أن يزاد على العقد شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، وبالجملة يكون فيه أمر زائد على مايقتضيه العقد ؛وقد يكون الشرط من ملائمات العقد أو مقتضياته ، على ماسيأتي موضحا .

تقسيم العقـــــود
من حيث تعليقها واضافتها
وما يصح من ذلك ومالا يصح

تنقسم العقود من حيث التعليق بالشرط الى ثلاثة أقسام :

(الأول) مالايصح تعليقه بالشرط مطلقا وهو يشمل مايأتى :

(ا) كل مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح على مال . وكذا اجازة هذه العقود . غير أنه استثنى من تعليق البيع صورة واحدة ، وهى أن يقول بعت هذا منك بكذا ان رضى فلان ، فانه يجوز ان وقته بمدة معينة ، وذلك لأنه اشتراط الخيار الى أجنبي ، (أى غير العاقدين وهو جائز) وهاك الأمثلة

بعتك داري ان باع لى فلان داره .

أجرتك داري الفلانية بكذا ان قدم فلان من السفر ولم يستأجرها بأكثر من ذلك ، استأجرت منك دارك ببني سويف ان نقلتني الحكومة اليها . زارعتك أو ساقيتك ان لم يؤجر فلان لي أرضه في هذا العام . قاسمتك الدار التي بيننا ان جاء أبي من السفر ورضي بذلك . صالحتك على مبلغ كذا ان ربحت الدعوى التي أقمتها على فلان . أجزت بيع فلان داري الفلانية ، ان لم يحضر لها مشتر آخر في أثناء هذه السنة .

(ب) كل ما كان مبادلة مال بغير مال كالزواج والخلع على مال أمثلة :

تزوجتك ان رضي أبي . خالعتك على كذا ان رضي أبوك .

(ج) التبرعات كالهبة والقرض . أمثلة :

وهبت لك داري ان نجحت في الامتحان. إذا بعت لي دارك بألف جنيه أقرضتك ألف جنيه أخرى .

(د) التقييدات ، كعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة . أمثلة :

ان قدم فلان فقد عزلتك ان جاء وكيلي فقد حجرت عليك .

(ه) الرهن والاقالة . أمثلة :

رهنتك داري ان اشتريت دار فلان . اذا قال البائع للمشتري بعد ان تم البيع بينهما ولزم ، انك اشتريت داري (مثلا) رخيصة ، فقال له المشتري ان وجدت مشتريا بالزيادة فبع له ،فوجد فباع بأزيد لا يصح البيع الثاني لعدم صحة الاقالة

(تنبيه) في العقود المتقدمة في مبادلة المال بالمال اذا كان المعلق

عليه موجوداً وقت التعليق صحت كلها وكانت عقودا منجزة كما قدمنا.
وقد عللوا عدم صحة التعليق فى العقود السالفة بأن فى التعليق معنى القمار ، لأنه يجوز أن يوجد المعلق عليه ويجوز ألا يوجد ، فصونا لأموال الناس من الضياع إذا دفع البدل كله أو بعضه وقت التعليق وقبل وجود الشرط ، ومنعا لتعطيلهم عن النظر الى شيء آخر حتى يوجد الشرط ، ولا يدرى هل يوجد أولا ، واذا وجد فتى يوجد ، أولا ، واذا وجد فتى يوجد . فلأجل هذا كانت محظورة .

(تنبية) تعليق التبرعات وان لم يكن جائزا عند أبى حنيفة وأصحابه هو جائز عند مالك وذلك لانتفاء معنى القمار .

(القسم الثانى) مايصح تعليقه بالشرط الملائم فقط ،وهو ينتظم الكفالة والحوالة والاطلاقات كالاذن للصبى بالتجارة . أمثلة :

ان استحق المبيع فأنا ضامن للثمن . ان لم يؤد فلان مالك من الدين عليه الى ستة أشهر (مثلا) فأنا أؤديه عنه .متى ثبت لى قدرتك على البيع والشراء أذنت لك بالتجارة .

(القسم الثالث) مايصح تعليقه بالشرط مطلقا ، ويشمل ماياتى :

(ا) الاسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها . أمثلة :

ان كلمت فلانا فأنت طالق . ان عاد أخى من السفر فأنت حر .
ان كان الذى اشترى الدار هو فلان لنفسه فقد سلمت الشفعة .

(ب) الالتزامات التي يحلف بها (١)، كالحج والصلاة والصوم والصدقة، أمثلة :

ان عوفيت من مرضى فلله على أن أحج هذا العام، أو أصلى مائة ركعة، أو أصوم ثلاثة أيام (مثلا). أو أتصدق على الفقراء بكذا.

(ج) الوكالة والإيصاء والوصية. أمثلة :

أن حصل كذا فأنت وكيلي أو وصيي أو أوصيت لك بكذا.

مايصح اضافته الى المستقبل ومالا يصح

(ا) مالا يمكن تمليكه فى الحال، وما كان من الاسقاطات، والاطلاقات، والالتزامات: يصح اضافته الى الزمن المستقبل. وذلك كالاجارة وفسخها، والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة، والوكالة، والكفالة، والايصاء، والوصية. والقضاء والامارة، والطلاق، والعتاق، والوقف، والعارية، والاذن فى التجارة للصبى :

فالاجارة وفسخها والعارية والمزارعة والمساقاة والايصاء والوصية لايمكن التمليك فيها فى الحال، لأن الاجارة تمليك المنافع وهى تتجدد شيئا فشيئا، ومثلها العارية، وذلك لايتصور وجوده فى الحال، وفسخ الاجارة تابع للاجارة، والمزارعة، والمساقاة جعلتا فى حكم الاجارة، والايصاء الوصية لايكون لهما حكم الا بعد الموت، والمضاربة والوكالة من الاطلاقات، والطلاق والعتاق من الاسقاطات، أومن الاطلاقات،

---

(١) أى تكون كاليمين بالله من حيث تقوية عزم الحالف على ماحلف عليه من فعل أو ترك.

والوقف اسقاط ، والكفالة التزام ، والقضاء والامارة اطلاق وتفويض .

(ب) وما يمكن تمليكه فى الحال لاتصح اضافته الى الزمان المستقبل ، كما لا يصح تعليقه ، وذلك كالبيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والابراء من الدين .

وهذا القدر يكفى هنا . وليراجع جامع الفصولين والدر ورد المحتار والتبيين والبحر .

الأدوار التى يمر بها العقد
وبيان أحواله فى كل أدواره

قد يمر العقد بعدة أدوار ، وقد يخرج سليما أومعيبا . وهاك جملة القول فى ذلك :

اذا وجد الايجاب والقبول ، ولكن لم يتواردا على محل واحد، فلا يوجد عقد ولا انعقاد أصلا ، كأن يقول شخص لآخر بعتك دارى التى بالاسكندرية بمبلغ ألف جنيه ، فيقول الآخر اشتريت أرضك التى فى الزمالك بثلاثة آلاف جنيه . وكأن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتى فاطمة الكبرى فيقول الآخر قبلت زواج ابنتك عائشة الصغرى .

فاذا وافق القبول الايجاب ، ولو ضمنا (كما تقدم) فقد وجد العقد والانعقاد ، وهذا هو الدور الأول للعقد . فان لم يكن المحل قابلا لحكم العقد كبيع المسجد أو القلاع والحصون أو الشوارع العامة ، أو كان العاقدان أو أحدهما غير أهل للعقد ، فان العقد يكون باطلا لا يترتب

عليه حكمه . ويكون كأن الايجاب والقبول لم يوجدا . أما لعدم صلاحية المحل فان العلة تكون ضائعة لاعمل لها ، أو لعدم اعتبار الايجاب أو القبول لصدوره ممن ليس أهلا كالمجنون والصبي غير المميز مطلقا ، وكعدم البلوغ والحرية فى التبرعات والاسقاطات.

فاذا كان المحل صالحا لحكم العقد ، وأهلية العاقدين متحققة لكن وجد خلل فى الشروط الأخرى ، كان العقد فاسدا ، كالبيع مع جهالة الثمن ، أو جهالة الأجل ، أو مع عدم الرضا .

فان سلمت أركانه وصفاته جميعا كان صحيحا . وبعد ذلك ان كان صادرا من مالك أهل للاستقلال بصدوره كالحر البالغ العاقل ، أو من غير مالك لكن له ولاية اصداره كالولى والوصى والوكيل كان نافذا. وان كان صادرا من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز فى عقود المعاوضات أو صادرا من غير ذى ولاية شرعية : كالفضولى ، كان صحيحا موقوفا ، فتلحقه الاجازة ممن يملكها من ولى أو وصى أو من الصبي بعد بلوغه ؛ أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد . ولا تلحق الاجازة الا العقد الصحيح الموقوف وأما الباطل والفاسد فلا تلحقهما الاجازة بحال .

والعقد الصحيح النافذ تترتب عليه آثاره فى الحال ، وأما الصحيح الموقوف فان حكمه يتراخى الى وقت الاجازة ، فان أجيز اجازة معتبرة شرعا ترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده ، أى يكون الحكم فيه مستندا ، أى له أثر رجعى فيثبت من مبدأ وجود العقد ، ولو طال الزمن بينه وبين الاجازة ، متى كانت الاجازة مستوفية شرائطها .

وبعد نفاذ العقد يكون اما غير لازم من الطرفين كعقد الوكالة ، أو لازما من الطرفين كعقد البيع ، أو لازما بالنسبة لأحد العاقدين كعقد الرهن فهو لازم بالنسبة للراهن المدين ، وليس بلازم بالنسبة للمرتهن الدائن . وللعاقد الذى لم يلزم العقد بالنسبة له أن يستبد بفسخه ، مالم يتعلق به حق الغير كما فى بعض صور الوكالة ، وأما العاقد الذى لزم العقد بالنسبة له فلا يستقل بفسخه إلا اذا كان الخيار ثابتا له بالشرط أو بحكم الشرع كخيار الرؤية وخيار العيب . ومن جهة أخرى قد يكون العقد باتا أى قطعيا ، وقد يكون غير قطعى كبيع الوفاء على رأى من يقول بجوازه

والحاصل :

أن العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا . والمراد بمشروعية ذاته أن يكون ركنه صادرا من أهله ، مضافا الى محل قابل لحكمه ، والمراد بمشروعية أوصافه أن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل

وألا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، اذا كان من العقود التى تفسد بفساد الشرط كالبيع ونحوه .

والعقد الصحيح ينقسم الى قسمين : نافذ ، وموقوف ، وقد ذكرنا آنفا حكم كل منهما .

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى أن يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ولا محله ، لكنه فاسد باعتبار بعض أوصافه ، كأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون مصحوبا بشرط يفسده ، أو من العقود المنهى

عنها لوصفها لا لذاتها كعقود الغرر . وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك فى المعقود عليه ، الا بقبضه برضا صاحبه . والمبيع مضمون على المشترى الذى قبض المبيع فى البيع الفاسد اذا هلك فى يده بمثله أو قيمته .

والعقد الباطل هو ماليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه ، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل ، بأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، على أنه يكفى لبطلان العقد وقوع الخلل فى ركنه أو محله فقط ، سواء سلمت صفاته الخارجة أم لا . وحكم العقد الباطل أنه لا ينعقد أصلا، ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ، ولو بالقبض . وهل يضمن المبيع بيعا باطلا بالقبض ؟ قيل هو أمانة وقيل هو مضمون .

(تنبيه) قد يحكم ببطلان العقد مع سلامة ركنه وصلاحية محله ، لاعتبارات أخرى ، كما فى الزواج بغير كفء على رواية الحسن ابن زياد ، وكنكاح المحلل على ماهو القول الحق من أقوال الفقهاء فيه .

والذى قدمناه من تقسيم العقد الى صحيح وفاسد وباطل هو رأى فريق من الفقهاء . منهم أبو حنيفة وأصحابه . وفريق منهم يقسمه إلى صحيح وباطل فقط . وهاك جملة القول فى ذلك .

كل عقد من العقود لا يخلو من احدى حالات ثلاث : (الأولى) أن تسلم أركانه ومحله وأوصافه . (الثانى) أن تسلم أركانه ومحله وتختل أوصافه فيما وراء ذلك ، كلها أو بعضها . (الثالث) ان تختل

أركانه أو محله أو هما جميعا سواء سلمت أوصافه أم اختلت ، أيضا . ففى الحالة الأولى يكون للعقد ماهية شرعية موجودة متحققة بالاجماع وفى الحالة الثالثة ، لا يكون للعقد ماهية موجودة بالكلية ، إذ وجود الماهية انما يكون بوجود أجزائها كلها سالمة من أركان ومحل ، والمفروض فى هذه الحالة أن الأمر ليس كذلك . وأما الحالة الثانية فقد ألحقها أبو حنيفة ومن أخذ اخذه بالحالة الأولى ، وألحقها الامام أحمد ومن حذا حذوه بالحالة الثالثة . وجهة نظر أبي حنيفة ومن وافقه أن أصل الماهية يعنى الأركان والمحل سالم من الفساد والخلل لكن الصفات ليست سالمة ، فلو قلنا بصحة العقد مطلقا لساوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وصفاتها ، وبين الماهية المتضمنة للفساد فى صفاتها ، وذلك غير جائز ، فان التسوية بين مواطن الفساد ، وبين السالم عن الفساد ، باطلة عقلا وشرعا بالبداهة . فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف ؛ فنقول أصل الماهية سالم عن الفساد ؛ والأصل فى التصرفات والعقود الصحة حتى يرد نهى وعلى هذا يثبت لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة ويثبت للوصف الذى هو الزيادة المتضمنة للفساد — أو أى وصف آخر مفسد — الوصف العارض وهو نهى الشارع فيفسد الوصف دون الأصل . فسبب فساد العقد والتصرف هو نهى الشارع عنه بنص خاص أو عام .

فان كان النهى متعلقا بذات المنهى عنه كبيع الخمر والخنزير فالعقد باطل لأن الخلل دخل على الأصل فأفسده فلم يكن لماهية العقد وجود شرعى ومثله تزوج الانسان بزوجة غيره وهو عالم بأنها زوجة غيره

وتزوج المسلمة بغير المسلم . وان كان النهى متعلقا بوصف المنهى عنه كالنهى عن بيع وشرط وكعدم تعيين الثمن أو الاجل فى عقد البيع فالاصل سالم والفساد فى الاوصاف بسبب نهى الشارع فيراعى فى الحكم الامران جميعاً سلامة الاصل وفساد الوصف . ووجهة نظر الامام أحمد ومن قال بقوله أن الشارع اذا نهى عن أمر دل هذا النهى على فساد المنهى عنه سواء أ كان النهى لذات المنهى عنه أم لوصف ملازم له كما تقدم أم لوصف مجاور له كالنهى عن البيع اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة وهذا مذهب أهل الظاهر أيضا ونسبه ابن حزم إلى مالك أيضا. وما احتج به لمذهب أبي حنفية يرد عليه بأن الوصف اذا نهى عنه سرى النهى الى الموصوف لان الوصف لاوجود له مفارقا للموصوف فيؤول الامر الى أن النهى يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف فيتسلط النهى عليه . واذا لا يكون فرق بين الحالتين الثانية والثالثة ويكون العقد اما صحيحا أو غير صحيح لاغير

وفى الهداية ما ملخصه ان المبيع بيعا فاسدا يملكه المشترى اذا قبضه بأمر البائع أو كان حاضرا بمجلس العقد وقبضه بحضرته لوجود الاذن منه دلالة وقبل القبض لايثبت للمشترى ملك فى المبيع كيلا يؤدى هذا الى تقرير الفساد ولضعف السبب (وهو العقد) عن افادة الملك حتى اذا اعتضد بالقبض تقوى على افادة الحكم . ومع ذلك فلكل من العاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد — كما اذا كان يرجع الى الثمن لقوة الفساد كما

اذا كان الثمن خمرا أو خنزيرا (فى المقايضة) وأن كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم يتحقق الرضا فى حق من له الشرط ، لأنه لم يتعاقد إلا على هذا الشرط . فان باعه المشترى نفذ بيعه لأنه ملكه فله التصرف فيه ، وحينئذ يسقط حق استرداد البائع اياه لتعلق حق المشترى الثانى به ، ولم يكن السبب الداعى لنقض الأول إلا أنه حق الشرع ، لكن حق العبد عند معارضته لحق الله تعالى يقدم باذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد واحتياجه . ولأن العقد الاول مشروع بأصله دون وصفه ، والعقد الثاني مشروع بأصله ووصفه ، فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولان البيع الثانى حصل بتسليط من جهة البائع ، وهذا بخلاف الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ، ويستويان فى المشروعية ، ولان تصرف المشترى لم يحصل بتسليط من الشفيع ، ولذا يكون للشفيع نقضه ، أ هـ بايضاح مع بعض زيادات من الفتح والعناية . وباقى أحكام البيع الفاسد هناك . وقال الشافعى ان المبيع بيعا فاسدا لا يملكه المشترى بالقبض لأن البيع الفاسد منهى عنه ، وكل منهى عنه محظور وممنوع ، ولا ينبغى أن تنال النعمة – وهى هنا ملك المبيع – بالمحظور ، ولأن النهى نسخ للمشروعية : وذلك للتضاد بينهما ، إذ النهى يقتضى القبح والمشروعيه تقتضى الحسن ، فبينهما منافاة ، فكيف يجتمعان ؟ وأجاب عن ذلك فى الهداية بأن العقد الفاسد صدر من أهله فى محله ، فوجب القول بانعقاده ، والنهى يقرر المشروعية ، لأنه اذا نهى عن عمل مشروع فى الجملة كالنهى عن البيع فى بعض صوره فهذا يقتضى أن البيع

المنهى عنه متصور الوجود شرعا ، فنفس البيع مشروع وبه تنال النعمة وانما المحظور مايجاوره من الوصف ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة فهو صحيح مكروه ، وكأن هذا الجواب لم يعجب صاحب الفتح فأجاب بجواب آخر ، فقال ماملخصه : ماوضعه الشارع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع ، فقد رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأثمه . أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ، ونهى عنه فى وضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا . ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن ، وأثم المطلق . فصار هذا أصلا فى كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى ، اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به . وأما قول الشافعى ان النهى نسخ للمشروعية ان كان مراده به أنه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور فهو مسلم لكن لانسلم أنه لايفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى كما فى طلاق الحائض اذ أوقعه الشارع مع نهيه عن الطلاق فى هذه الحالة وان كان مراده أنه لايفيد حكمه فهذا هو محل النزاع اهـ .

أقول ماقاله صاحب الفتح ان جاز ان يصلح ردا على الشافعى لأنه يقول بوقوع طلاق الحائض كما هو قول الجمهور لايصح ردا على من لايقول بذلك كالشيعة الامامية وابن حزم وابن تيمية وغيرهم وفى هذه المسألة كلام كثير جدا فليرجع اليه فى فتح البارى ونيل الاوطار وكتب الامامية .

والحاصل أن أبا حنيفة وأصحابه اخترعوا تقسيما للعقود

والتصرفات المنهى عنها فقسموها الى فاسدة و باطلة و جعلوا حكم الفاسد بين بين كما أسلفنا .

هذا وقد بالغ الامام أحمد ومثله ابن حزم فى ابطال كل التصرفات والعقود والامور المشروعة التى نهى عنها الشارع فى حالة خاصة و وقف بازائهما أبو حنيفة . وأصحابه فلم يبطلوا الا ما كان النهى فيه لذات المنهى عنه فأما ان كان النهى لوصفه فقالوا بفساده مع حرمة مباشرته وما كان النهى فيه لمعنى مجاور قالوا بكراهته مع صحة أصله . والثاني قول الشافعى أيضا



المبحث الثالث

حكم العقد أى الآثار المترتبة عليه

بينا فيما تقدم أن العقد ينقسم الى صحيح وغير صحيح . وأن غير الصحيح اما باطل أو فاسد ـ على المذهب الحنفى ـ والصحيح اما موقوف أو نافذ . وأن العقد المكروه لوصف مجاور هو صحيح أيضا تترتب عليه آثاره كاملة خلافا لابن حزم واحمد ومالك على المشهور من مذهبه والآن سنجمل القول فى حكم كل نوع من هذه الانواع

العقد الباطل

العقد الباطل من حيث هو عقد لا يترتب عليه أى التزام لأحد الطرفين على الآخر ، وكذا لا يلزم به العاقد شىء إذا كان كافيا لوجوده شرعا إرادة واحدة منفردة كالطلاق . ولكن يلاحظ فى عقد الزواج أنه قد يترتب عليه فى بعض صوره غير الصحيحة بعض الآثار كوجوب المهر والعدة وثبوت النسب . وذلك لأسباب أخرى .

فالمهر يجب لاجل الدخول وعدم الحد لشبهة العقد والعدة تجب لعدم اختلاط الانساب والنسب يجب فى مثل النكاح بلا شهود لشبهة العقد ولأنه مختلف فيه (١) . وبالجملة فالعقد الباطل فى ذاته لا ينتج أثره من حيث هو عقد . وكذا على القول بضمان المبيع اذا

(١) انظر خلاف مالك وعثمان البتى فى الاكتفاء بالاعلان (وهو خلاف مفيد) فى فتح القدير وقد ذكرت خلاصته فى كتابى (الاحوال الشخصية) المطبوع سنة ١٩٢٥ .

هلك فى يد المشترى فى العقد الباطل قياسا على المقبوض على سوم الشراء ويقابل هذا القول قول آخر وهو أنه يهلك هلاك الامانة ، والمسألة محل نظر .

العقد الفاسد

فاسد النكاح كباطله لأن النهى عنه يقتضى الحرمة وحكم النكاح الحل فهما متضادان . وهنا كلام كثير فى هذه المسألة لامحل لايراده هنا وكل عقد فاسد لايفيد حكما قبل قبض العقود عليه (١) . كما فى البيع ، مع وجوب الرد والفسخ إلا إذا طرأ مانع من الرد على ما أسلفنا غير أن الرهن الفاسد اذا أخذه المرتهن الدائن قبل الدين فانه يكون لازما لان الدين انما أعطى لأجله منعا لضرر المرتهن مثال ذلك أن يكون المرهون حصة شائعة من عقار

العقد الصحيح الموقوف

هو العقد الصادر عن فضولى ، أو الذى باشره المالك المميز غير البالغ من عقود المعاملات المالية وكل مايدور بين النفع والضرر وهو يتوقف على اجازة المالك بعد بلوغه رشيدا أو على اجازة وليه كأبيه أو وصيه بشرط ألا يكون فى العقد غبن فاحش بالصغير المميز العاقد ومن هو فى حكمه كالمعتوه المميز . فان تعنت الولى أو الوصى وكان نفاذ العقد فى مصلحة من عقده قام القاضى مقام المتعنت وأجاز العقد منعا

---

(١) القبض فى كل عقد بحسبه ففى البيع يكون بتسلم العين المبيعة وفى الاجارة بتسلم العين المستأجرة والانتفاع بها باذن المؤجر وفى النكاح بالدخول بالمعقود عليها ، وهكذا .

للظلم عنه . وهنا كلام كثير وخلاف بين الفقهاء فى حكم تصرفات الفضولى رأيت ارجاءه للطبعة الثانية وهو فى كتابنا التصرف بطريق النيابة عن الغير »

العقد النافذ

هو الذى صدر عن مالك تام الاهلية غير محجوز عليه أو صدر عن ولى على المال كالأب والجد والوصي أو عن وكيل عن المالك أو عن ولى المال ، وكان العقد مستوفيا كل شروطه الشرعية . وكذلك العقد الموقوف الذى أجيز اجازة معتبرة من المالك أو الولى أو الوصى أو القاضى ..

وهذا العقد تترتب عليه كل آثاره الشرعية على وفق ما يتفق عليه العاقدان ويجيزه الشرع

والعقد بعد نفاذه قد يكون لازما أوغير لازم ، وهاك جملة القول فى ذلك .

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم

من العقود مايكون لازما فلا يملك أحد العاقدين فسخه على انفراده.كالبيع والاجارة بل لابد من رضا العاقد الآخر . والفسخ يكون بالاقالة ويشترط لذلك الايجاب والقبول كعقد البيع وأن يكون المبيع قائما عند المشترى على حاله وقت الاقالة .والاجارة تفسخ بالاعذار أيضا . ومن العقود ما لايقبل الفسخ كالزواج الا فى حالات خاصة كخيار البلوغ على مابين فى موضعه (انظر كتابنا الاحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥) وأما الطلاق فهو رفع لقيد النكاح فى المستقبل

و لاأثر له فى الماضى ولاتملكه الزوجة إلا من طريق التفويض من الزوج.ومن العقد مايكون غير لازم بعد نفاذه فيستبد أحد العاقدين بفسخه كما فى شركة العقد والوكالة ، وقد تلزم الوكالة كما فى توكيل الراهن غيره ببيع الرهن عند حلول الأجل لاجل ايفاء الدين من ثمنه فلايستطيع الراهن عزل هذا الوكيل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن الدائن به

ومن العقود غير اللازمة الاعارة والقرض فلكل من المعير والمقرض حق الرجوع فى العارية والقرض ولوضرب أحدهما لذلك أجلا ، وهذا عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك فان العارية اذا اعيرت لعمل أو حدد لها وقت فليس للمعير أن يرجع فيها حتى ينتهى المستعير من عمله أو ينقضى الوقت ، واذا لم تقيد بقيد اتبع فى ذلك العرف ، فان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وكذا القرض اذا حدد له أجل فلا يجوز للمقرض مطالبة المقترض به الا اذا امضى الوقت المحدد لذلك (انظر كتابنا الزام التبرعات) ومن العقود مايكون لازما بالنسبة لاحد الطرفين وغير لازم بالنسبة للاخر كالرهن فانه لازم بالنسبة للراهن المدين وليس لازما بالنسبة للمرتهن الدائن ،فللثانى فسخه دون الاول وما يخال من ان عقد النكاح غير لازم من جهة الزوج لأنه يملك الطلاق فهو غير صحيح لان الطلاق حل لقيد الزواج فى المستقبل وليس فسخا للعقد من أصله كما أسلفنا

الخيارات

غير ان فى العقود اللازمة قد يثبت الخيار لأحد العاقدين أو لكل

منهما وبذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد ومن فسخه وهاك جملة القول فى ذلك

الخيارات جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمراد به هنا هو اختيار امضاء العقد أو فسخه . وتنقسم الخيارات الى قسمين : قسم يثبت بالشرط ، ويقال له خيار الشرط ، أى الخيار الذى سببه الشرط وقسم يثبت بسبب آخر ، والأسباب متعددة . وسنذكر كل هؤلاء هنا تباعا ، على حسب مايقتضيه المقام

خيار الشرط : مايشترط فى صلب العقد أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه ، وهو من اضافة الشيء الى سببه والعقود بالنسبة لخيار الشرط تنقسم أولا الى قسمين : (الاول) مالا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتق . (والثانى) مايحتمله كالبيع والوكالة . أما الأول فلا يدخله خيار الشرط ، وأما الثاني فان كان عقدا غير لازم فكذلك ، لعدم الفائدة ، وهذا كالوكالة ، اذ لكل من الموكل والوكيل أن يفسخ هذا العقد بدون توقف على رضا صاحبه ، الا فى بعض أحوال استثنائية بسبب عارض ، أما الوكالة فى نفسها ، وبحسب وضعها الأصلى فهى عقد غير لازم لكل من الطرفين . وان كان عقدا لازما كالبيع والاجارة والصلح عن مال والمزارعة فهذا هو الذى يصح فيه خيار الشرط ويكون له فائدة وهى تمكين من له الخيار من فسخ العقد بسبب هذا الشرط .

و الاصل فيه أن حبان بن منقذ الانصارى كان يغبن فى البياعات بسبب ضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه ، وضعف ادراكه

وعيزه ضعفا ما ، فقال له رسول الله ﷺ : (اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام) . والخلابة هى الخداع . وعلى هذا القدر من المدة اقتصر أبو حنيفة وقوفا عند حد النص ، ومحتجا بان خيار الشرط مخالف لمقتضى العقد اذ مقتضى العقد اللزوم ، وشرط الخيار ينافيه ، فينبغى أن يفسد العقد ، ولكن وجب علينا ان نصحح العقد ، عملا بالنص ، واذا لاينبغى أن نتجاوز المدة التى جاءت فى النص . وقال الصاحبان يجوز الخيار الى أى مدة يسميها العاقدأن ويتفقان عليها ؛ لأن الحاجة تدعو الى ذلك أحيانا ، وقد روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين . أما اذا كانت المدة مجهولة فان العقد يفسد لما فى ذلك من الضرر .

ويجوز ان يكون الخيار لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبى نيابة عن أحدهما ؛ فاذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان من ملكهما فى عقود المعاوضات المالية ، وان جعل الخيار لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ، وأما مال الآخر فعلى قول الامام لايدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع لايدخل فى ملك المشترى إذا كان الخيار له وحده . بل يكون موقوفا وأما على قول الصاحبين فانه يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشترى فى الصورة المتقدمة استدلا على قولهما بأنه اذا كان الخيار للمشترى وليس للبائع خيار فان المبيع يخرج من يد البائع اذ المفروض أنه لاخيار له فاذا لم يدخل فى ملك المشترى يكون كالسائبة بسبب زواله عن مالكه الأصلى . لا الى

مالك. وهذا لا عهد لنا به فى الشرع فوجب اذاً أن يدخل فى ملك المشترى .

ورد على ذلك أبو حنيفة بأنه يترتب على ماذهبا اليه اجتماع البدلين (الثمن والمبيع) فى ملك واحد وهو ملك المشترى وهذا لا عهد لنا به فى الشرع وبأن المبيع ربما كان رحما محرما للمشترى . وقد اشتراه واشترط لنفسه الخيار فلو قلنا بدخوله فى ملكه لعتق عليه ولم يكن لاشتراطه الخيار لنفسه فائدة واذا يكون المبيع موقوفا فى مدة الخيار بين المتعاقدين فاذا أجاز المشترى العقد ثبت له ملك المبيع من وقت العقد واذا فسخه رجع الى البائع . فهو ليس فى حكم السائبة لأنه بينهما لا يعدوهما

واذا كان الخيار لهما فأجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقى خيار الاخر حتى يمضى العقد أو يفسخه . أو تمضى المدة فيسقط الخيار بمضيها والعقد ينفسخ اذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة له. ويشترط علم الآخر فى الفسخ القولى لا الفعلى . وقيل لا يشترط العلم لأن حق الفسخ ثابت بشرط الخيار والمراد بالفسخ القولى أن يقول من له الخيار فسخت العقد ونحو ذلك . والفعلى أن يتصرف البائع فى المبيع ببيع ونحوه فبذلك يوجد الفسخ حكما . ولذا اتفقوا على جوازه. ولو مع عدم علم المشترى بذلك (وفى المسألة بحث طويل)

ويتم العقد ويلزم اذا أجازه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة ومثال الفعلى أن يبيع المشترى المبيع . اذا كان الخيار له .أو يبنى فى الارض المبيعة ونحو ذلك مما يدل على رضاه بالعقد

واذا مات من له الخيار فى أثناء المدة بدون أن يفسخ العقد فان العقد يتم ويلزم بموته . ولا ينتقل الخيار الى وارثه . وقال الشافعى

ورث عنه ، لأنه حق لازم ثابت فى المعقود عليه . فيجرى فيه الأرث كما فى خيار العيب وخيار التعيين . وأجيب عن هذا بأن الخيار ليس الا مجرد مشيئة واردة . ولا يتصور انتقال ذلك من شخص الى شخص آخر . والارث لا يكون الا فيما يقبل الانتقال وهذا بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث الذى يخلفه . وأما الخيار نفسه فلا يورث . وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه الذى انتقل اليه بالارث بملك الغير ، وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه .

خيار الرؤية

هو من اضافة الشىء الى سببه أيضا ، أى الخيار الذى سببه الرؤية والأصل فيه حديث « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه » ولأن تعريف المبيع بأوصافه وان كان نافيا للجهالة الا أن رؤيته تفيد علما فوق ما يفيده وصفه فاشترطت الرؤية ليتم بها الرضا الذى هو شرط أساسى فى البيع . وقس على البيع ماماثله من عقود المعاوضات المالية لاتحاد الجميع فى معنى واحد ، وعلى هذا يثبت خيار الرؤية من غير شرط فى اربعة مواضع : (الأول) شراء الأعيان التى يلزم تعيينها ولا تثبت دينا فى الذمة ، فلا يثبت خيار الرؤية فى عقد السلم ، (الثانى) الاجارة . (الثالث) قسمة غير المثليات . (الرابع) الصلح عن مال على شىء معين ، فمن اشترى شيئا لم يره من الأعيان المذكورة ، أو استأجر شيئا لم يره ، أو قاسم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس ، أو صالح عن دعوى مال معين على شىء معين

لم يره، فهو بالخيار فى هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التى اصابته فى القسمة . أو بدل الصلح ،فان شاء قبل وأمضى العقد وان شاء فسخه ونقض القسمة .وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها ، فأما ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية فلأن العقد غير لازم قبلها وأما بعدها فسببه الرؤية عملا بالحديث ، وقيل لاحق له فى الفسخ قبل الرؤية قياسا على الاجازة ، لأنها لاتكون الا بعد الرؤية قولا واحدا ، اذ الشىء لا يجوز أن يسبق فى الوجود وجود سببه ، غير أنه اذا وجد مايبطل الفسخ قبل الرؤية أو بعدها أو يدل على الرضا بعد الرؤية كان العقد لازما لاخيار فيه . والذى يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار فى العين تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق ،أو يوجب حقا للغير كالرهن والاجارة ، سواء أكان هذا قبل الرؤية أم بعدها ، فان تصرف تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بخيار البائع وكالهبة بدون التسليم فان الخيار يبطل اذا كان هذا التصرف بعد الرؤية لدلالته على الرضا ، أما اذا كان قبلها فلا يسقط الخيار لأنه انما يثبت بنفس الرؤية فلا يوجد الا بوجودها ، واذا لا يسقط قبلها ، لأنه يسقط قبل وجوده ، وهذا باطل .

وخيار الرؤية غير مؤقت ، بل هو باق حتى يوجد مايبطله ،وقيل انه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه فى الفسخ ، لكن الأصح هو القول الأول .

والمراد بالرؤية ادراك الشىء بالحس فقد تكون بالبصر أو بالذوق أو الشم أو الجس ، وهكذا من كل مايفيد علما بطريق الحس والمشاهدة

والادراك المادى فى كل شىء بحسبه ، واذا كان من له خيار الرؤية أعمى فان المبيع ونحوه يوصف له ، وفى هذا الكفاية ؛ لأن الادراك بالوصف فى المرئيات أقصى مايصل اليه علم الأعمى. أما غير المرئيات من المذوقات والمشمومات ونحوها فانه يجوز أن يدركه بنفسه بعد التحقق من أن المبيع هو ما يشمه أو يذوقه أو يجسه . ومذهب الشافعى فى هذا هو أن يوكل الأعمى غيره فى رؤية المبيع ونحوه .

وقد كان أبو حنيفة يقول أولا بثبوت الخيار للبائع كما هو ثابت للمشترى . ويقيس خيار الرؤية على خيار الشرط . وقد يكون البائع قد باع مالم يره ؛ لكنه ترك هذا القول عملا بالحديث لأن الرؤية متعلقة بالشراء ؛ ولأن المبيع كان عند البائع وفى ملكه قبل البيع، فكان يمكنه أن يراه

وخيار الرؤية لايورث لأنه مجرد ارادة ومشيئة كخيار الشرط

(خيار العيب) : هو أيضا من اضافة الشىء إلى سببه أى الخيار الذى سببه العيب . وخيار العيب يثبت به حق الفسخ من غير اشتراط فى العقد ، ومحله عقود المعاوضات المالية . فمن عقد عقد شراء أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا أو صالح عن دعوى مال على مال معين فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب إذا وجد فيما اشتراه أو استأجره أو أخذه بدل صلح ، أو وجد فى الحصة التى أصابته فى القسمة عيبا قديما — بمعنى ان ذلك العيب كان موجوداً قبل أن يتسلم المعقود عليه . ولو كان حدوثه بعد العقد وقبل التسليم — ولم يكن عالما به ، ولم يوجد منه مايدل على الرضا به بعد اطلاعه ، أو لم

يشترط عليه العاقد الآخر أنه برىء من كل عيب فيه . فان وجد شىء من ذلك (أى من رضاه بالعيب بعد اطلاعه عليه ، أو قبوله الشرط) سقط خياره ولزمه العقد ، والحصة التى أصابته فى القسمة.

وانما ثبت خيار العيب لان الأصل فى المعقود عليه السلامة باتفاق الشرع والعقل . وعلى هذا تعامل الناس فى كل زمان . ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار ، بل يقوم وارثه مقامه فى ذلك ، وذلك لان المبيع (مثلا) إذا كان معيبا فللمشترى رده وأخذ بدله سالما ، فاذا مات قبل الرد فالذى انتقل إلى وارثه ليس هو ملكه بل ملك البائع . وأما ملكه هو فهو مايلزم البائع أن يعطيه اياه بدل ذلك المبيع المعيب . وللوارث أن يطالب بكل ماهو مملوك لمورثه وعليه أن يرد ماليس ملكا له إلى مالكه ، هذا هو فقه المسألة .

ولا يدخل خيار العيب فى الزواج إلا إذا وجدت المرأة زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا فان لها طلب التفريق بينها وبين زوجها على ماهو مبين فى موضعه . وأجاز محمد التفريق بسبب العيب إذا كان زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص ، فجعل لها خيار الفسخ بسبب العيب فى هذه الاحوال ، لانها لاتطيق المقام معه على هذه الحالة ، بل جاء فى بعض الكتب المعتبرة كالزيلعى والبدائع ان ذكر هذه الاشياء على سبيل التمثيل ، وان كل عيب تتضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد . وللأئمة الثلاثة وغيرهم من الفقهاء الآخرين تفصيلات فى التفريق بسبب العيب مبسوطة فى كتبهم . وقد ضبط المسألة الامام ابن القيم ضبطاً حسناً فقال : كل عيب يكون بأحد الزوجين

ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار اه . ولم يكن التفريق بين الزوجين بسبب العيب معمولا به فى المحاكم الشرعية المصرية حتى جاء قانون سنة ١٩٢٠ فأجازه للمرأة دون الرجل ، وخيراً فعل . وهاك نص المادة التاسعة منه : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ؛ ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب ، أوحدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق اه والفرقة بالعيب طلاق بائن (المادة العاشرة) . ويستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها (المادة الحادية عشرة).

وتتميما للفائدة أذكر هنا خلاصة ماقاله ابن القيم رحمه الله فيما يتعلق بالخيار فى الزواج نقلا عن كتابى (الاحوال الشخصية) المطبوع سنة ١٩٢٥ قال ماملخصه كل واحد من الزوجين اما أن يشترط سلامة صاحبه من العيوب واما ألا يتعرض لهذا الشرط ، فاذا اشترط الزوج سلامة زوجته أوشرط جمالها فبانت شوهاء . أو شرطها شابة فبانت عجوزا شمطاء ، أوشرطها بيضاء فبانت سوداء ، أوشرطها بكرا فبانت ثيبا . فله الفسخ فى ذلك كله فان كان من قبل الدخول فلا مهر لها ، وان كان بعده فلها المهر ، وهو غرم على وليها ان كان غره ، وان كانت هى الغارة سقط مهرها ان لم تكن قبضته ، أو رجع عليها به ان كانت قبضته ،

نص على هذا احمد فى احدى الروايتين عنه ثم قال :

والذى يقتضيه مذهب الامام احمد وقواعده أنه لافرق بين اشتراطه واشتراطها، بل اثبات الخيار لها اذا فات ماشترطه أولى ، لأنها لاتتمكن من المفارقة بالطلاق فاذا جازله الفسخ مع تمكنه من الفراق بغيره فلأن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى ، واذا جاز لها الفسخ اذا ظهر الزوج ذا صناعة دنيئة لاتسوءه فى دينه ولا فى عرضه ، وانما تمنع كمال لذتها واستمتاعها به ، فاذا اشترطته شابا جميلا صحيحا فبان شيخا مشوها أعمى أطرش أخرس أسود فكيف تلزم به وتمنع من الفسخ ؟ هذا فى غاية الامتناع والتناقض والبعد عن القياس وقواعد الشرع ، وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ، ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد اعداء من البرص اليسير وكذلك غيره من الداء العضال

واذا أطلق كل منهما فلم يشترط شيئا فى صاحبه فالقياس أن كل عيب ينفر الزوج منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع . كما أن الشروط المشروطه فى الزواج أولى بالوفاء من شروط البيع وغيره بمقتضى نص الحديث الصحيح وما كره الله ورسوله مغرورا قط ولا مغبونا بما غر به ، وغبن به ومن تدبر مقاصد الشرع فى مصادره وموارده وعدله وحكمته وماشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة اه

وأقول ان الشريعة الاسلامية الحكيمة التى تأمر بالاحسان

ومكارم الاخلاق وتحث على ذلك وترغب فيه أيما ترغيب تقضى - على ماأرى - بأن الرجل اذا وجد في امرأته عيبا ولم يكن ظاهرا بينا معروفا للناس ، وكان في اعلانه وطلب الفسخ بسببه اضرار بها وبسمعتها ، ولو من الوجهة الأدبية فقط الا يمكن من اجابة طلبه الفسخ بسبب هذا العيب الخفي - الذى يسجله عليها القضاء - بل يأمر وينصح بالستر عليها وصيانة سمعتها مما يلحق بها الأذى في اعز شيء لديها وهو نفسها ؛ نزولا على حكم المروءة ومكارم الاخلاق واذا لم يطق المقام معها فليسرحها باحسان ، وجزاؤه على الله . وليعلم أن خسارة المال ولو عظم قدره ومال الله غاد ورائح أهون من قتل النفس التى حرم الله قتلها فان القتل الادبي أشد وآلم للنفس من القتل الحسى المادى ، يدوم الاول وتتجدد آلامه في كل آن وتبعثه الذكرى من مرقده واما الثاني فكما يوجد يزول ألمه وينتهى فليتق الانسان القوى ربه في اخيه الانسان الضعيف . والحمدلله أن أخذ بهذا قانون المحاكم الشرعية سنة ١٩٢٠ واقتصر على التفريق بسبب عيوب الزوج كما اسلفنا وماأخذ به في ذلك القانون هو مااخترناه في مشروع قانوننا سنة ١٩٢٧ راجع كتابنا الاحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥

(خيار تفريق الصفقة) : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق ؛ ويخير المشترى في الباقى ، سواء أورث الاستحقاق عيباً في الباقى أم لا ؛ وذلك لتفرق الصفقة قبل التمام ؛ وكذلك لو استحق بعد قبض بعضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره ، يخير المشترى كذلك للسبب المتقدم . ولو قبضه كله فاستحق بعضه

بطل البيع بقدره ، ثم لو أورث الاستحقاق عيباً فيما بقى يخير المشترى ؛ ولو لم يورث عيبا فيه ؛ كما إذا كان المبيع ثوبين استحق أحدهما ، أو كان كيلياً أو وزنياً استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ؛ فالمشترى يأخذ الباقى بلاخيار ؛ لعدم الضرر ويسمى هذا خيار الاستحقاق.

وكذا إذا هلك بعض المبيع قبل القبض فان المشترى يتخير فى الباقى ؛ لتفرق الصفقة قبل التمام ، كما يتخير فى الاستحقاق ، وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه . أما لو هلك بعد أن قبضه فهلاكه محسوب عليه ، لانه هلك وهو فى يده ، وهو ملكه . واذا هلك المبيع كله قبل القبض فان كان هلاكه بآفة سماوية (بالقضاء والقدر) . أو بفعل البائع أو بفعل المبيع فان البيع يبطل ، ويجب على البائع رد الثمن إلى المشترى ان كان أخذه منه . وان كان هلاكه بفعل شخص أجنبى خير المشترى فان شاء فسخ البيع ، وان شاء أمضاه وضمن ذلك الاجنبى قيمته . وان كان هلاكه بفعل المشترى كان محسوباً عليه ويعتبر انه استوفى حقه . وما قيل فى المبيع يقال مثله فى المهر إذا هلك قبل أن تقبضه الزوجة ، وكذا استحقاقه على بعض تفصيل (ولتراجع أحكام المهر) . وليلاحظ ان عقد الزواج لايبطل بهلاك المهر ولا باستحقاقه بخلاف المبيع .

(خيار فوات الوصف المرغوب فيه) : اشترى بقرة على انها حلوب ، أو فرساً على انه من خيل السباق ، أو فص خاتم على أنه ياقوت أحمر فاذا به ياقوت أصفر ؛ كان المشترى مخيراً فى هذه الحالة بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ، وذلك لفوات الوصف

المرغوب فيه . ولو اصطلح المشترى مع البائع على أن يعطيه البائع شيئاً من النقود فى مقابلة الوصف الفائت وكذا فى مقابلة النقص بالعيب جاز هذا واعتبر حطاً من الثمن . والخيار هنا كخيار العيب ، إذ فوات الوصف المرغوب فيه يجعل المبيع فى حكم المعيب بسبب فوات ذلك الوصف . فاذا قبض المشترى المبيع ثم قام به مايمنع الرد كتعيبه عنده فله أن يرجع فى هذه الحالة بمقدار التفاوت فيقوم المبيع مع الوصف المرغوب فيه . ثم يقوم بدونه ، ويرجع من الثمن بنسبة مابين القيمتين. فلو كانت قيمته مع الوصف عشرين وبدونه خمسة عشر ، وكان قد اشتراه بثمانية عشر فانه يرجع عليه بأربعة ونصف . وهكذا

وكذا الحكم فى المبيع معيباً إذا حدث به عيب جديد وهو فى يد المشترى . فاذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى الرد أو المطالبة بالفرق على ماتقدم وهو فى ذلك كخيار العيب تماماً .

ولا يدخل خيار الوصف المرغوب فاه فى الزواج ، فلو وصفت الزوجة بأوصاف رغبت الزوج فى زواجها ، ثم بانت خالية من تلك الاوصاف فلا خيار للزوج على قول جمهور الفقهاء . وذهب بعضهم إلى أن له الخيار كما هو الشأن فى وجود عيب بها لم يعلمه الزوج ولم يرض به.

(خيار النقد) : إذا اشترى شيئاً على انه ان لم ينقد ثمنه إلى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك . وللمشترى فى هذه الحالة الخيار ، فان شاء نقد الثمن فى المدة المعينة وأخذ المبيع ، وان شاء فسخ العقد . وكذا لو أعطى المشترى البائع الثمن على أن البائع ان رد الثمن فى مدة كذا فلا بيع بينهما صح أيضاً ، والخيار فى هذه الحالة للبائع . وهل

المدة مقدرة بثلاثة أيام فقط ، أو يجوز أن يتفقا على أى مدة يسميانها ؟
فى ذلك خلاف نظير الخلاف المتقدم فى خيار الشرط . وهذا الخيار
جائز كخيار الشرط لأن الحاجة قد تدعو اليه . وبعضهم جعل بيع
الوفاء داخلا تحت هذا الموضوع

(خيار التعيين): اذا قال البائع للمشترى بعتك أحد هذه الأثواب
الثلاثة (مثلا) هذا بكذا . وهذا بكذا . وهذا بكذا ولك الخيار فى أيها
شئت أو على ان تأخذ أيها شئت جاز هذا ويكون المبيع واحدا من هذه
الثلاثة لا بعينه حتى اذا قبضها المشترى كان أحدها مبيعا مضمونا .
والاخران أمانة فى يده . وخيار التعيين جائز للحاجة أيضا لأجل
التروى وعرض الأمر على الغير . ولا يجوز فى اكثر من ثلاثة أشياء
لأن بها تندفع الحاجة لوجود الجيد والوسط والردىء فيها . ويجوز
أيضا فى اثنين بالأولى . ولا يكون خيار التعيين الا فى القيميات لأنها
هى التى يظهر فيها التفاوت بخلاف المثليات لعدم تفاوتها . وهل يشترط
لذلك الخيار مدة معينة ؟ قيل نعم . وفائدة التوقيت أن يجبر من له
الخيار على التعيين بعد مضى المدة دفعا للضرر عن الاخر اذا ماطل من
له الخيار فى التعيين . وقيل لا حاجة الى التوقيت لأن العقد لازم من أول
الأمر فى أحدها . وانما الخيار فى تعيينه فقط . وقد علمت جوابه مما
تقدم . فالصواب هو توقيت التعيين بمدة معلومة منعا من اضرار
المشترى بالبائع . وقد يصاحب خيار الشرط خيار التعيين وقد لا يصاحبه
كأن يقول بعتك أحد هذين الفرسين هذا بكذا وهذا بكذا على أنى
بالخيار كذا يوما . وقد لا يشترط الخيار كما تقدم .

وإذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى التعيين لأن لمورثه مالا ثابتا ضمن هذه الاشياء فوجب عليه أن يعينه ويرد ماليس له الى مالكه ، ويؤدى الثمن من التركة ان لم يكن قد ادى حال الحياة .

خيار المجلس

قال به الشافعى واحمد ولم يقل به أبو حنيفة واصحابه فاذا أتم عقد البيع صحيحا ايجابا وقبولا ولم يكن ثم خيار آخر مشروط لزم العقد ولو استمر العاقدان فى مجلسهما بعد هذا زمنا طويلا . وأما على قول الشافعى وأحمد فما دام العاقدان فى المجلس لم يتفرقا بابدانهما فلكل منهما الخيار فى امضاء العقد وفسخه قبل التفرق عملا بالحديث الصحيح « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » والمراد التفرق بالابدان لأنه المتبادر من ظاهر اللفظ ، وحمل أبو حنيفة واصحابه التفرق على التفرق بالاقوال فمتى تم الايجاب من احدهما والقبول من الآخر فقد افترقا باقوالهما . والمسألة مبسوطة فى فتح البارى ونيل الاوطار ، وقد روى الحديث بعبارات والفاظ أخرى

هـذا ـ وقد بقيت خيارات أخرى لم أر داعيا الى ابراءها هنا وربما ذكرتها فى الطبعة الثانية مع التوسع فيما ذكرته هنا من الخيارات

اقتران العقد بالشرط

تقدم فى صفحة (١٧٧) بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط واقترانه بالشرط . والشرط المقترن بالعقد . وكذا الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين قبل العقـد لكنه لم يذكر فى صلبه كلاهما يتضمن

اشتراط أمر زائد، فيه فائدة لاحدهما او لغيرهما أو تقييد له فوق مايقتضيه العقد بحسب وضعه الشرعي. فالعقد بصيغته يقتضي حكمه كالبيع يقتضي ملكية المشتري للمبيع ملكا كاملا في مقابلة ملك البائع للثمن ملكا تاما. والشرط يقتضي الزيادة المنصوص عليها فيه، وعلى هذا فكل عقد اقترن به شرط يقتضي التزامين اولهما مايقتضيه العقد بصيغته وثانيهما مايقتضيه الشرط وكل منهما يطلب الوفاء به

وهذا موضوع اختلفت فيه اقوال الفقهاء من حيث تأثير الشرط في العقد بطلانا أو فسادا ففي الأول يبطل الشرط وحده ويصح العقد، وفي الثاني يؤثر الشرط في العقد الفساد فيفسد العقد والشرط جميعا، وكذا من حيث وجوب الوفاء بالشرط مع صحة العقد فيلزم حكم كل منهما ويجب الوفاء به

وقد تكلم شيخ الاسلام ابن تيمية في هذا الموضوع كلاما كثيرا واحاط بالموضوع في جميع اطرافه وأتى في ذلك بما لم يبق بعده قولا لقائل، وتكلم فيه أيضا تلميذه ابن القيم ببيان موجز في كتابه اعلام الموقعين

وجملة القول في هذا هي ان كل عقد وكل شرط لم ينه عنه الشارع فهو جائز يجب الوفاء به، فالاصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان كأن يكون الشرط قد تضمن ما حرمه الله تعالى بنص خاص أو عام في كتابه المتلو وهو القرآن أو على لسان رسوله فهو شرط منهي عنه شرطا لايترتب عليه أثر ملزم ونحرم مباشرته. وماعدا ذلك فهو آت بمقتضى الاباحة الاصلية لان

الكتاب والسنة سكتا عنه فلم يتعرض له أحدهما بالنهي لا بنص خاص ولا عام فهو إذا شرط مباح وكذا يقال فى العقد فالعقد والشرط المسكوت عنهما هما فى جانب الاباحة ، وعلى هذا فاذا عقد عاقد عقدا أو شرط شارط شرطا فقال له قائل عقدك أو شرطك باطل أو فاسد فعلى مدعى البطلان أو الفساد الدليل ، وأما العاقد والشارط فليس على احدهما عبء شيء من ذلك مادام كل منهما متمسكا بالاذن العام .

هذا وليعلم أن المعاملات من قبيل العادات لا العبادات ، فالأصل فيها الأباحة إلا ماحرمه الله ونهى عنه ـ هذا من جهة ـ ومن جهة أخرى نحن نعتقد اعتقادا ، لاشك ولا ريب فيه أن الشريعة الاسلامية عامة أبدية وأنها بالنسبة للاحكام الدنيوية منطبقة على مصالح الناس محققة لتسهيل وصولهم إلى مايحتاجون اليه فى معايشهم من أيسر طريق ، فضلا من الله ونعمة . ثم نحن نرى العالم فى تقلب مستمر والمجتمع البشرى لايستقر على حال ، وعلى هذا فان حكمة الله تعالى وعدله قاضيان بصحة كل عقد وكل شرط لم يرد نهى عنه من الشارع أما مانهى عنه الشارع فيجب أن نجنبه لأن الله أعلم بمصالحنا منا . وقد كان بودى أن أذكر أدلة القائلين بالحظر وأدلة القائلين بالاباحة فيما لم ينه الله عنه ، وأدلة الآخذين ببعض الشروط دون بعض ، لكنى رأيت إرجاء ذلك إلى الطبعة الثانية بمشيئة الله تعالى وعونه غير أني سأذكر هنا خلاصة ماجاء فى المذهب الحنفى وما لابد منه من المذاهب الأخرى مع الايجاز .

كل ما كان مبادلة مال بمال أو منفعة فانه يفسد بالشروط الفاسدة

وهى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل مال خال عن العوض ؛ وهذا هو الربا . ولا يتصور ذلك إلا فى المعاوضات المالية كالبيع والاجارة . أما المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والتبرعات فلا يتصور فيها هذا . وإذا لاتبطلها الشروط الفاسدة .

غير أن الشرط إذا جاء بجوازه الشرع كشرط تأجيل الثمن فى البيع ؛ أو جرى به العرف فانه يجب العمل به كالذى يبيع لك ساعة ويشترط لك اصلاحها لمدة سنة مجانا ؛ وكذلك الشرط المؤكد لمقتضى العقد كاشراط الرهن أو الكفيل بالثمن وعلى ذلك فالشروط الجائزة هى التى يقتضيها العقد بحيث لولم يصرح بها كانت واجبة بطبيعة العقد كاشتراط تسليم المبيع إلى المشترى بعد تأديته الثمن واشتراط الزوجة على زوجها أن يقوم بالانفاق عليها ؛ وأن يؤدى اليها مهرها . والشروط التى تلائم العقد وتؤكد موجبه كما مثلنا وكاشتراط المشترى على البائع الكفيل بالثمن عند ظهور مستحق للمبيع (ضمان الدرك) واشتراط الزوجة على الزوج احضار كفيل أو رهن بالمهر . وكذا الشروط التى ورد بجوازها الشرع كاشتراط تأجيل الثمن أو تقسيطه ، وتأجيل المهر كذلك ، وكذا الشروط التى جرى بها العرف كما مثلنا ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

وأما غير ذلك من الشروط إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لانسان آخر غيرهما فانها شروط فاسدة وتفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع ونحوه لما فيها من معنى الربا على ما أسلفنا ، ولأن المطالبة بها تؤدى إلى النزاع لأن لها مطالبا معينا من أهل الاستحقاق . أما اذا كان النفع فيها

لغير إنسان فقد قالوا ان العقد صحيح والشرط باطل كما لو باعه فرسا واشترط عليه أن يطعمها طعاما معينا والا يركبها الى مسافات طويلة ونحو ذلك ، فالبيع صحيح والشرط باطل لأنه شرط ليس له مطالب من أهل الاستحقاق . وليلاحظ أن الشروط التي يجيزها الشرع أو يجرى بها العرف فيها منفعة لاحد العاقدين ،لكنها مستثناة شرعاً أو عرفاً . والعرف فى الشرع له اعتبار

وأما فى غير عقود المعاوضات المالية كالزواج والتبرعات كالهبة فالشرط باطل والعقد صحيح . وقد يصح بعض الشروط مع الهبة وغيرها على مابين فى موضعه.

والحاصل ان الشروط بالنسبة لعقود المعاوضات المالية ثلاثة أقسام شروط صحيحة فتصح هى ويصح معها العقد ،وهى الشروط التى يقتضيها العقد أو يلائمها أو ورد بها الشرع أو جرى بها العرف وشروط فاسدة فى نفسها ، ويفسد بها العقد أيضاً . وهى الشروط المتقدمة إذا كان فيها نفع لاحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق ولم تكن على الوصف المتقدم وشروط تبطل هى ويصح العقد وهى الشروط التى فيها منفعة لغير أهل الاستحقاق .

ويدخل تحت عقود المعاوضات المالية البيع ، والشراء ، والايجار ، والاستئجار ، والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن مال ، واجازة هذه العقود .

وأما عقود المعاوضات غير المالية والتبرعات فانها تصح مع أى شرط كان .

وأما الشرط فان كان من مقتضيات العقد أو ملائماً له صح هو أيضاً والابطال وحده .

ومن عقود المعاوضات غير المالية الزواج والخلع على مال .
ومن عقود التبرعات الهبة والقرض والاعارة والوصية . هذا جملة ماجاء فى المذهب الحنفى فى الشروط المقارنة للعقد أى التى تكون فى صلب العقد .

وأما الشروط التى تشترط قبل العقد ولا تذكر فى صلبه ففيها خلاف بين الفقهاء . وهاك جملة القول فى ذلك :

المشهور فى مذهب الشافعى ومذهب أبي حنيفة وهو قول لأحمد ان الشرط المتقدم لايعتبر كالمقارن فلا تأثير له فى العقد أصلا وهو كالوعد المطلق لا يجب الوفاء به قضاء ويجوز العدول عنه ، وربما لا يتذكره العاقدان وقت العقد.

وذهب مالك وأحمد فى قوله المشهور إلى أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن ؛ فاذا اتفقا على شيء وعقد العقد بعد ذلك فهو مصروف إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه . وإلى هذا ذهب فقهاء الحديث . وذهب بعض أصحاب أحمد إلى أن الشرط المتقدم إذا كان رافعاً لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلجئة أو تحليلا التحق بالعقد فأبطله ؛ أما إذا كان مغيراً له كاشتراط أن المهر أقل مما يسمى فى العقد أمام الناس بمقدار كذا فانه لا يؤثر فى العقد

هذا وما يأذن به أحد العاقدين للآخر أو يبيحه له أو يهبه له بعد تمام العقد ولزومه بينهما فهو جائز بلا خلاف لانفصاله عن العقد ؛

فهو تبرع محض وذلك كما اذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالرهن جاز ذلك ولا حرج فيه . أما اذا كان الشرط فى صلب العقد فالرهن صحيح والشرط باطل . وكذا لو وهب المقترض للمقرض شيئا من ماله بعد تمام العقد على ماأسلفنا

وبالجملة فالشرط المؤثر هو ما كان فى صلب العقد بالاجماع ، وكذا ما كان سابقا عليه على قول مطلقاً ، أو على تفصيل فى المسألة .

قوة العقد ومداها ومن اين استمدت ؟

العقد متى تم بشروطه ترتب عليه التزام كل من العاقدين للاخر بما التزم به له بحكم العقل والشرع . وعلى هذا يكون كل واحد منهما مديناً ودائناً لصاحبه ، مدينا بما التزم به لصاحبه ، ودائنا بما التزم له صاحبه به . وعلى هذا يجب على كل منهما الوفاء لصاحبه بما التزم فان لم يقم بذلك من تلقاء نفسه كان الحكم للشرع فيجبر القاضى المتعنت منهما على الوفاء بحكم الشرع وقوته

وما وجب على كل منهما بمقتضى العقد لصاحبه ثابت عليه وحده لايعدوه إلى غيره ، لأنه التزمه باختياره ، وكذلك ماثبت له من الحق قبل صاحبه فهو له وحده لايشاركه فيه غيره . وليلاحظ ان المراد بالعاقدين هنا هما العاقدان الأصليان إذا باشرا العقد بأنفسهما ، أو باشره غيرهما لأجلهما ، على ماأسلفنا . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .



هذا – وليعلم ان الاجماع انعقد فى الشريعة الاسلامية على أن الانسان إذا مات خلفه وارثه فيما ترك مما يورث عنه شرعا [1] مع استقلال كل منهما بشخصيته . فلا تندمج شخصية المورث فى شخصية الوارث بل تزول وتنقطع بموته

وعلى هذا لايلزم الوارث باداء شىء من ماله الشخصى وفاء لما كان على المورث من الالتزامات إلا إذا تفضل وتبرع من تلقاء نفسه . والواجب أولا تقديم تجهيز المتوفى وتكفينه من ماله الذى تركه ؛ ثم وفاء ماعليه من الديون ثم تنفيذ وصاياه فى حدود ما أذن به الشرع والباقى بعد ذلك يكون للوارث على سبيل الصلة

وقد استمد العقد قوته هذه من قول الله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وغيرها من الآيات الكريمة التى جاءت بهذا المعنى . وكذلك من حكم العقل بوجوب استقرار المعاملات ؛ إذ لولم يكن للعقود قوتها لم تنتظم معايش الناس بل كانوا فى حالة مستمرة من النزاع والشقاق ؛ يتعسر فيها وصول كل واحد إلى مايقوم بحاجاته الضرورية فى هدوء وطمأنينة

---

(١) انظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها . ففيه بيان أقوال الفقهاء فيما يكون تركة و ما لا يكون مع ذكر أدلة كل فريق بمنتهى الاستيفاء ، مما لاتجده فى غير كتابنا هذا . وفيها مسألة مطالبة الوارث بحقوق المورث التى التزم بها غيره له والقيام بما على المورث فى ذلك لغيره ، مما لايتسع له المقام هنا .

الوعد

هو انشاء المخبر به معروفا فى المستقبل ويفرق بينه وبين الالتزام بالعقد بالقرائن إذا كان الاخبار عن العقد بصيغة المضارع . أما إذا كان بصيغة الماضى فلا يحتاج إلى قرينة

والوعد يجب الوفاء به ديانة ومروءة بالاجماع ; وأما الوفاء به من جهة القضاء بأن يلزم القاضى الواعد بالوفاء بما وعد ، ففى ذلك ثلاثة مذاهب :

الأول : —

مذهب ابن شبرمة ان الوعد على أى صورة كان لازم ويقضى به على الواعد ويجبر على تنفيذه .

ودليل هذا المذهب قوله تعالى : « كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » وقوله ﷺ : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها . إذا حدث كذب ; وإذا عاهد غدر ; واذا وعد أخلف ، واذا خاصم فجر . »

وفى حديث آخر صحيح : « من علامة النفاق ثلاثة وان صلى وصام وزعم انه مسلم : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أوتمن خان . »

لكن الجمهور حملوا ذلك على الوفاء ديانة وان خيراً له أن يفعل لكنه لا يجبر قضاء . وهذا هو المذهب الثاني وهو مذهب الجمهور .

الثالث :—

مذهب مالك — على القول الصحيح — ان الوعد يلزم الواعد ويقضى به إذا دخل الموعود بسبب الوعد فى شىء . مثال ذلك أن يقول لك شخص انى اريد أن أهدم دارى ولكن ليس عندى من المال مااعيد به بناءها ، فتقول له اهدم دارك وأنا أسلفك ماتبنيها به ، فيهدمها معتمداً على وعدك فانه يجب عليك الوفاء بما وعدته به ، فان لم تفعل قضى عليك بما التزمته بوعدك ؛ لأنك أدخلته بوعدك فيما فعل .

النذر

هو ايجاب الانسان على نفسه باختياره شيئا من جنس ماأوجبه الله عليه من العبادات تقربا الى الله تعالى ؛ كأن يقول لله على أن أتصدق على الفقراء بكذا أو أن أصلى كذا ركعة أو أن أصوم كذا يوما أو أن أحج . وقد يكون النذر بصيغة التعليق كأن شفى الله مريضى فلله على كذا الخ . والنذر عقد بين العبد والرب فيجب الوفاء به كسائر العقود . قال تعالى : « وليوفوا نذورهم » وقال فى مقام المدح : « يوفون بالنذر »

وهل يدخل النذر تحت القضاء بمعنى ان من نذر نذرا فلم يف به هل يلزمه القاضى ويجبره على الوفاء به ؛ كعقود النـاس بعضهم مع بعض ؟

قال الجمهور — لا — سواء أكان النذر لانسان معين : كأن

يصرح بأن يتصدق على فلان أو كان لجماعة معينين . كأن يقول ان شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق على فلان بكذا . أو على خدمة المسجد الفلانى .

وعللوا ذلك بأن النذر قربة ، ولا بد فيها من النية ، والالزام ينافى نية القربة ، فالوفاء بالنذر واجب بين العبد وربه من جهة الديانة ، فان فعل فقد أوفى بنذره ، والا فعليه الاثم

وأما على مذهب مالك فان كان النذر لغير معين كالفقراء فلا يقضى به على المشهور لعدم تعين المدعى صاحب الحق فى النذر . وان كان لمعين قضى له به كما هو الحكم عنده فى سائر مايلتزم به الانسان من التبرعات لغيره .

هذا — وقد استوفيت الكلام فى النذر فى كتابي التزام التبرعات ، وفى هذا الذى ذكرته هنا الكفاية بالنسبة لموضوع مذكرتنا المختصرة

تتمة

قال ابن حزم : ان الوفاء بحقوق الله تعالى واجب وهو مقدم على الديون التى للناس : فان قصر الانسان فى شىء منها ومات على ذلك أخذ ماعليه من حقوق الله تعالى من تركته من رأس مال التركة ، ولا شىء للغرماء حتى تقضى ديون الله كلها ثم ان فضل شىء فللغرماء ، (انظر المحلى) وانظر كتابنا (التركة والحقوق المتعلقة بها) ففيه مذاهب الفقهاء فى ذلك مستوفاة جدا .



المبحث الرابع

فى

انتقال الالتزام

ويكون ذلك اما بحوالة الحق ، واما بحوالة الدين.

ومعنى الحوالة فى الأصل نقل الشىء من مكان الى مكان . وعلى هذا الأساس سمى نقل الحق من دائن الى دائن ونقل الدين من مدين الى مدين بالحوالة .

والأصل فى هذا الحديث المتفق عليه « مطل الغنى ظلم ، واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » وفى لفظ لأحمد « ومن أحيل على ملىء فليحتل » وفى رواية عن ابن عمر « مطل الغنى ظلم ، واذا أحلت على ملىء فاتبعه . »

المطل هو تأخير ما استحق اداؤه بغير عذر مع القدرة على الاداء . والحديثان يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يقبل الحوالة عليه . والى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة . وحمله الجمهور على الاستحباب .

حوالة الحق

وصورة حوالة الحق أن يكون خالد مدينا لبكر بمبلغ

مائة جنيه مصرى (مثلا) وبكر مدين بمثلها لزيد فيتفق بكر مع زيد على أن يأخذ زيد المائة التى لبكر عند خالد صحت هذه الحوالة وكانت بيع دين بدين وهو جائز عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ولا يشترط رضا خالد لأنه محل استيفاء فقط وللبائع أن يسلط المشترى على استيفاء المبيع من محله . وكذا الحكم لو كان الذى لبكر عند خالد عين مضمونة أو أمانة وجعلت موضوع الحوالة وكذا تجوز هبة الدين الذى لبكر فى ذمة خالد لخالد مدينه أو لزيد أو لشخص آخر غيرهما . وبالجملة فله فيه التصرف كيف شاء

وأما عند أبى حنيفة فان هذا النوع من الحوالة لا يصح ، لأنه بيع الدين بالدين ، وقد ورد النهى عنه ، وجواب هذا من قبل الأئمة الثلاثة أن الحاجة قضت باستثناء هذا .

أقول

روى عن ابن عمر « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » رواه الدار قطنى . قيل فى تفسيره . بيع الدين بالدين وقيل بيع النسيئة بالنسيئة . وعلى فرض أنه بيع الدين بالدين فقد استثنى منه الأئمة الثلاثة حوالة الحق . ومع ذلك فهذا الحديث ضعيف السند جدا تفرد به موسى ابن عبيدة الزبدى وقد قال فيه الامام أحمد لا تحل الرواية عنه عندى ، قال ولا أعرف هذا الحديث عن غيره . وقال الشافعى أهل الحديث يوهنون هذا الحديث لكن فى نيل الاوطار أن اجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين .

أقول هل ثم دليل وراء ما تقدم يستند اليه هذا الاجماع

بعدما سمعت ماقيل آنفا وإذا كان فلم لم يتمم به الشوكانى الموضوع بل اكتفى بقوله ان اجماع الناس على هذا ؟

نحن لانكتفى منه ولا ممن هو أكبر منه إلا بايراد مايؤيد مايقوله من نقل أو عقل . وقد تكرر منه مثل هذا فى عدة مواضع من كتابه كما يعلم بالتتبع ، وخلاصة الكلام فى حوالة الحق أنها عقد بيع بين اثنين فيه كل واحد من المبيع والثمن دين ـ وقد يكون المبيع غير دين ـ كما أسلفنا ـ فيستوفى المشترى المبيع من دين البائع ولا يشترط رضا المحال عليه لانه محل استيفاء لادخل له فى العقد

حوالة الدين

هى احلال مدين محل مدين. فاذا كان لزيد على بكر دين مقداره مائة جنيه (مثلا) فاحال بكر زيدا على خالد ليأخذ زيد دينه الذى له على بكر من خالد ، فيكون هو المحيل وزيد هو المحال وخالد هو المحال عليه . فان كان لبكر فى ذمة خالد دين ، أو كان له عنده مال أمانة أو مضمون وقيدت به الحوالة صحت وسميت بالحوالة المقيدة ، وان لم يكن لبكر دين فى ذمة خالد ، ولا مال تحت يده مضمون أو أمانة ، أو كان له شىء من ذلك ولكن لم تربط الحوالة به بل رضى خالد بأن يلتزم بادائها من ماله الخاص صحت الحوالة أيضا وسميت بالحوالة المطلقة .

ولا بد من رضا الجميع فى كلتا الحوالتين ، المقيدة والمطلقة ، فأما المحال عليه (خالد) فلانه هو الملتزم بدفع دين الحوالة ، وقد يكون من ماله الخاص ، وقد يضيع عليه كما فى أحوال التوى فى الحوالة المطلقة.

وأما المحال (زيد) فلأن فى الحوالة انتقال حقه إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة . وأما المحيل (بكر) فلأن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ماعليهم من الدين فلا بد من رضاه. وقيل لايشترط رضا المحيل (أى المدين الأصلى) لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه (أى فى الحوالة المطلقة) والمحيل لايتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لايرجع عليه إذا لم تكن الحوالة بأمره، على مابين فى موضعه :

ومن هنا يتبين لك بأجلى وأوضح بيان أن حوالة الحق أى حلول دائن محل دائن - على ماذهب اليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد - لايشترط فيها رضا المحال عليه ؛ للسبب الذى بيناه هناك . وأن حوالة الدين وهى احلال مدين محل مدين يشترط فيها رضا المحال عليه حتما ، لما بينا آنفا . فليكن كل هذا على ذكر منك

بعد هذا البيان الناصع

« أقول »

جاء فى المادة (٤٣٥) من القانون المختلط أخذا من القانون الفرنسى مانصه « تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد تراضيهما »

فلم يشترط هنا رضا المدين تبعا للقانون الفرنسى . ولم يتعرض القانون المختلط لحوالة الدين .

وجاء فى المادة (٣٤٩) أهلى مانصه « لاتنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحا إلا إذا رضى المدين بذلك الخ »

فاشترط هنا رضا المدين وأن يكون كتابة الخ ، قالوا ان هذا مأخوذ من الشريعة الاسلامية ـ أى اشتراط رضا المدين فى حوالة الحق. انظر المجموعة المدنية للاستاذ محمد كامل بك مرسى المطبوعة فى مارس سنة ١٩٤٠ ص ١٦٨ رقم ٤ هامش . وانظر موجز الالتزامات للاستاذ السنهورى بك صفحة ٥٢٨ . وقد جاء فى صفحة ١٢٢ من مقالته (وجوب تنقيح القانون المدنى) مانصه : ويتطلب القانون الاهلى دون القانون المختلط رضاء المدين فى حوالة الحق (م ٣٤٩) جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢) مرشد الحيران . وجاء فى الموجز ص ٥٢٨ مانصه : إلا أن القانون الأهلى متبعا فى ذلك أحكام الشريعة الاسلامية جعل حوالة الحق لاتتم إلا برضا المحال عليه (أى المدين) فاركان الحوالة فى هذا القانون إذا ثلاثة رضاء المحيل ورضاء المحال له ورضاء المحال عليه. وقد أبى القانون الأهلى كما أبت الشريعة الاسلامية أن يتغير على المدين دائنه فينتقل الحق الى دائن آخر دون رضا المدين وجاء فيه ص ٥٣١ مانصه : أما القانون المختلط فقد اقتفى أثر القانون الفرنسى لا الشريعة الاسلامية إذ هو لا يشترط رضا المدين المحال عليه ، ويكتفى برضا المحيل والمحال له

ثم بين لنا فى كلامه فى حوالة الدين أن القانون الالمانى والقانون السويسرى كلاهما نظم حوالة الدين. وأورد جملة صالحة من ذلك ص ٥٤٩ ومابعدها . وقد جاء فى رسالة الدكتور شفيق شحاته ص ١١١ مانصه: لاتنتقل الحقوق فى التشريع الاسلامى بين الاحياء الخ وقال فى ص ١٩٧ أما التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين الحديثة فلا يصح أبدا

فى التشريع الاسلامى . . وقد قال البعض ببطلانه ، وقال البعض بفساده؟ انتهت عبارته بنصها . وقد كنت أود أن يتريث فيما كتبه فى الحوالة وألا يتعجل لأن أمانة النقل تقضى بذلك

« ثم أقول »

إن الشريعة قد ظلمت فى قضية الحوالة منذ وضع القانون المدني الأهلى أى من مدة ٦٢ سنة ويا ليت الذين اشتغلوا بالقانون المدني تطبيقا وشرحا قد تنبهوا إلى سبب هذه المشكلة التى خلقها ذلك المحامى الفرنسى الذى وكل اليه اقتباس القانون الأهلى من القانون الفرنسى .

وهاك بيان السبب فى منشأ الغلط

القانون المختلط تبعاً لأصله لم يشترط رضا المحال عليه فى حوالة الحق وكذا مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد لم يشترط فيها هذا الشرط للمعنى الذى بيناه هناك ، وهذه المذاهب من الشريعة الاسلامية بلا شك ولا ريب فالقانون الفرنسى فى هذه المسألة لا يخالف الشريعة الاسلامية ، وأن الحقوق فى الشرع الاسلامى تنتقل بين الأحياء بطريق الحوالة ، وأن التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين الحديثة صحيح قطعا فى التشريع الاسلامى قبل أن تستيقظ أوروبا من سباتها وتفتح عينيها على ضوء المدنية الاسلامية الباهر شرقا وغربا منذ القرن العاشر الميلادى .

هذا وليعلم أن مذهب مالك رضى الله عنه قد كان يضىء سناه ويزخر بحره فى بلاد الاندلس إبان العصور الوسطى التى عمت فيها

ظلمات الجهل أوربا كلها لولا قبس من نور العلم والعرفان كان يحمله طلاب العلم من إيطاليا وفرنسا وانجلترا وغيرهامن جامعات الاندلس العديدة التى كانت أبوابها مفتوحة لكل طالب علم بلا شرط ولاقيد (انظر تاريخ الكنيسة لموسهيم فى مواضع متعددة منه) فلا عجب إذاً أن توجد موافقة بين القانون الفرنسى ومذهب الامام مالك. وإذا يجب اصلاح هذه الغلطة التى استحقت الاحالة على المعاش لبلوغها السن القانونية بل تجاوزتها بسنتين فلا يقال بعد الآن أن القانون المختلط تبعا لأصله القانون الفرنسى يخالف الشريعة الاسلامية فى اشتراط رضا المحال عليه فى حوالة الحق فالشريعة تشترطه والقانون الفرنسى لايشترطه، والحقيقة أن القانون والشريعة كليهما لايشترطانه، كما أوضحنا.

وأما القانون الأهلى فقد اقتبس واضعه اشتراط رضا المدين فى الحوالة من مذهب الامام أبى حنيفة — ومن هنا جاء الغلط — أما أولا فلا أبو حنيفة ولا أحد من أصحابه يقول بحوالة الحق بل المذهب الحنفى فى هذا — قولا واحدا — هو أن هذا عمل باطل لأنه بيع الدين بالدين كما أسلفنا. وأما ثانيا فلأن المذهب الحنفى انما يقول بجواز حوالة الدين ويشترط رضا المدين (المحال عليه) ورضا المحيل كما شرحنا ذلك فيما تقدم. فمنشأ غلط واضع القانون الأهلى أنه اقتبس شرطا اشترط لحوالة الدين، اقتبسه لحوالة الحق مع أن القائل بالأول (أبا حنيفة) يقول ببطلان حوالة الحق التى يقول بها القانون الأهلى، وأما القائلون بحوالة الحق فلا يشترطون هذا الشرط. وبهذا تبين

لك بيانا جليا مبدأ الغلط في هذه المسألة .

والحاصل أن كلا من نوعى الحوالة . حوالة الحق وحوالة الدين موجود فى الفقه الاسلامى فى كتب المذاهب الاربعة وغيرها وقد وضعت قواعد كل من النوعين وأحكامه بمنتهى الدقة والتفصيل وحسن الترتيب والتقسيم . وفى الطبعة الثانية سأفرد لذلك بابا خاصا آتي فيه بكل مايدعو اليه الحال عندنا مع استيفاء البحث الفقهى فى الموضوع كله . بعون الله تعالى ومشيئته .

المبحث الخامس
فى
انقضاء الالتزام

رأيت أن أرجىء الكتابة فى هـذا الموضوع وبيان أحكامه بالتفصيل الى الطبعة الثانية : وذلك لأن ممايتناوله الكلام موضوعات كان يجب ان تذكر من قبل كتعـدد الدائنين والمدينين ومسائل التضامن والدين المشترك مما منع ضيق الوقت من ذكرها لكنى سأشير هنا الى أسباب انقضاء الالتزام مع ذكر بعض الأمثله لاعطـاء صورة لكل سبب

١ — وفاء الملتزم بما التزمه

هو أن يقوم المدين بما التزمه كتسليم البائع المبيع الى المشترى وأداء المشترى الثمن الى البائع . ورد المقترض الدين الذى اقترضه الى المفرض وعمل الصانع ماااتفق معه على عمله ــ وفق الاتفاق تماما ــ فى

عقد الاستصناع وتسليمه الى الطرف الاخر . والقيام بما التزمته الزوجة من المال فى مقابل امتناعه من التزوج بغيرها مع وفائه هو بذلك

٢ — عدم امكان التنفيذ لهلاك المعقود عليه أو تعذر الحصول عليه

٣ — ابراء الدائن مدينه مما التزم به له

كأن يكون لزيد فى ذمة بكر مائة جنيه ثمن مبيع أو دين قرض (مثلا) فيبرئه منها كلها فينتهى بذلك التزام المدين لفراغ ذمته بالبراءة . واذا ابرأه من بعضها لم يبق له الا مطالبته بالباقى ومن ذلك ابراء الدائن مدينه الاصلى فيبرأ بذلك كفيله بالدين ومن ذلك ابراء الزوجة زوجها من مهرها كله أو بعضه

٤ — استبدال دين جديد بالدين الاصلى

مثال ذلك

ان يكون زيد مدينا لبكر بمائة أردب من القمح فيتفقان على ان يلتزم المدين بشعير تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه ، وكأن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ عشرين جنيها أجرة منزل استأجره زيد مملوك لبكر فيتفق معه على ان يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض

٥ — المقاصة

مثال ذلك إن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ خمسين جنيها مصريا ذهبا ثمن مبيع اشتراه زيد من بكر ، وبكر مدين لزيد بخمسين جنيها مصريا اقترضها منه فيكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر فيلتقى الدينان قصاصا لتساويهما ، وكذا اذا كان دين أحدهما يزيد على دين الاخر فالقصاص يكون فى القدر المشترك ويبقى أحدهما مدينا للاخر بما زاد

٦ — اتحاد الذمة

اذا كان زيد مدينا لأخيه شقيقه بكر بمبلغ الف جنيه مصرى (مثلا) ثم مات بكر الدائن وليس له وارث الا أخوه زيد فيرث زيد من ضمن مايرثه عن بكر هذا الدين وبذا يكون زيد مدنيا ودائنا لحلوله محل الدائن المورث فاذا طالب بالدين فهو انما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه وذلك لاتحاد ذمته فيسقط الدين لعدم الفائدة فى المطالبة

٧ — التقادم

عد فى القانون التقادم فى اسباب انقضاء الالتزام . وليس التقادم من اسباب انقضاء الالتزام فى الشرع الاسلامى .

وذلك لأن الحق قديم لايسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تبرأ ذمتة بالاستيفاء أو الابراء وانما تقادم الزمن يؤثر فى منع سماع الدعوى اذا كان المدعى عليه منكرا للحق وقد توافرت أسباب المنع على مابين فى مواضعه بيانا مفصلا

هذا

وأرجو ان تكون الكتابة الثانية وافية جدا ومحررة ومنقحة. والحمد لله اولا وآخرا . وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم . والعود أحمد ، والأمر كله بيد الله

انتهى

تنبيـــه

قد توجد فى هذه المذكرة بعض أغلاط مطبعية لا تخفى
ولضيق الوقت لم أتمكن من مراجعتها



فهرس المذكرة

صحيفة	
	أركان العقد
٥٧	ركن العقد الذى يتم بارادة واحدة
٥٩	ركن العقد الذى يتوقف وجوده على توافق ارادتين . ربط القبول بالايجاب
٦٣	مجلس العقد
٦٥	موافقة القبول للايجاب
٦٧	مايعبر به عن الايجاب والقبول . اللفظ . الاشارة . الكتابة الرسالة . المعاطاة . السكوت
٧٦	الارادة الظاهرة والارادة الباطنة وبحث الموضوع بحثا وافيا
٩٢	حكم القانون فى الارادتين
٩٥	محل العقد
٩٨	السبب والباعث (القصود فى العقود)
١٠٠	عيوب العقد المؤثرة فيه الاكراه . الغلط . التدليس . الغبن
١٠٩	**الأهلية** أهلية الوجوب . أهلية الأداء . أدوار الأهلية الاربعة
١٣١	عوارض الاهلية الجنون . العته . السكر . السفه
١٤٧	تصرفات المريض مرض الموت
١٥٧	النيابة فى التعاقد

صفحة



الإلتزامات
في الشرع الإسلامي

9789773153519

Email:elazEmail:elazharialeltorath@hotmail.com